Die Rechtsstellung des Polen nach modernem Recht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

der Hohen juristischen Fakultät der Königlichen
Ludwig-Maximilians-Universität zu München

von

Josef Hausmann,
stud. jur.

München
Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei Dr. C. Wolf & Sohn
1914

Die Rechtsstellung des Boten nach modernem Recht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
vorgelegt
der Hohen juristischen Fakultät der Königlichen
Ludwig-Maximilians-Universität zu München
von

Josef Hausmann,
stud. jur.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

München
Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei Dr. C. Wolf & Sohn
1914

Genehmigt auf Antrag des Referenten Herrn Geheimen Justizrats Prof. Dr. Friedrich Hellmann von der juristischen Fakultät der Universität München.

Einleitendes.

Die Kompliziertheit der Lebensverhältnisse bringt es mit sich, daß der einzelne nicht imstande ist, alle seine Angelegenheiten selbst zu besorgen, insonderheit alle Rechtsgeschäfte[1]) in Person abzuschließen. Um diesem Unvermögen abzuhelfen, muß er sich nach fremder Hilfe umsehen, fremde Kräfte sich dienstbar machen, um die eigenen unzureichenden in entsprechendem Maße zu ergänzen. Dabei kann die in Anspruch genommene Unterstützung fremder Personen in doppelter Richtung sich bewegen: einmal kann sie sein eine Hilfstätigkeit der fremden Individuen, die sich auf die Vornahme rein tatsächlicher Verrichtungen bezieht, wie Kochen, Füttern von Pferden, Fegen u. dergl. mehr. Diese Art der Dienstleistung für einen anderen ist hier nicht weiter von Interesse. Die fremde Hilfstätigkeit kann aber auch auf den Abschluß von Rechtsgeschäften gerichtet sein.

Da aber jedes Rechtsgeschäft zu seiner konkreten Verwirklichung das Vorhandensein zweier essentialia erfordert: einmal ein in bestimmter Richtung sich bewegendes Wollen und dann eine Kundgabe des Willensinhalts nach außen (sog. Willensäußerung), bei einem empfangsbedürftigen Willensinhalt eine Kundgabe in der Richtung auf den Adressaten (sogen. Willenserklärung),[2]) so ist die Inanspruchnahme fremder Tätigkeit beim Abschluß von Rechtsgeschäften in doppelter Art denkbar: einmal als Inanspruchnahme fremden Willensvermögens (sogen. Vertretung im Willen); dann aber als Inanspruchnahme fremden Erklärungsvermögens (sogen. Vertretung in der Erklärung) mit Rücksicht auf einen sogen. empfangsbedürftigen Willen; (d. s. die

[1]) Wie sie z. B. der ordnungsgemäße Betrieb eines umfangreichen Handelsgewerbes notwendig macht.

[2]) Bezüglich des Sprachgebrauchs vergl. Leonhard a. a. O. S. 256.

Fälle, wo es zur Realisierung eines betr. Willens nicht genügt, daß der rechtsgeschäftliche Gedankeninhalt überhaupt manifestiert wird, wo es vielmehr erforderlich ist, daß derselbe erklärt, d. i. einem bestimmten Adressaten kundgemacht wird).

Darin nun gleichen sich der Vertreter im Willen und der Vertreter in der Erklärung, daß sie beide eines der genannten essentialia setzen zur Substantiierung eines Rechtsgeschäfts, das seine Wirkungen nicht in ihrer eigenen, sondern in der Rechtssphäre des Vertretenen äußert, dessen rechtsgeschäftliche Tätigkeit sie ersetzen; der eine indem er ihm die Willensentscheidung, der andere indem er ihm die Willenserklärung erspart.

Auch das haben der Vertreter im Willen und der Vertreter in der Erklärung gemeinsam, daß beider Tätigkeit eine juristische ist in dem Sinne, daß sie zu ihrer Wirksamkeit des Rechtsschutzes bedarf, ohne Rechtsschutz also unmöglich wäre.

Dies ist hinsichtlich der Vertretung im Willen nicht bestritten, gilt aber in gleicher Weise von der Vertretung in der Erklärung: Es kann zwar der Diener für seinen Herrn ein Bukett, ein Schreiben an dessen Adressaten abgeben und das Bukett, das Schriftstück gilt als von seinem Herrn abgegeben, resp. die dort verkörperte Willenserklärung als die seinige, auch wenn kein Rechtssatz dies befiehlt; nicht aber kann jemand den (rechtsgeschäftlichen) Willen eines andern mit der Wirkung erklären, daß die Erklärung als von dem andern abgegeben gilt, wenn dies nicht ein Rechtssatz — beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen — ausdrücklich bestimmt, d. h. wenn nicht ein Rechtssatz des Inhalts besteht, daß unter bestimmten Umständen die Erklärung des einen als Erklärung des andern gelten solle.[1])

Tatsache ist nun freilich, daß das Institut der Vertretung in der Erklärung eine raschere und allgemeinere Anerkennung in den positiven Rechten gefunden hat als das Institut der Vertretung im Willen. Dieser Umstand beweist indes lediglich, daß seiner Zulassung weniger rechtspolitische Bedenken entgegenstanden als der gesetzlichen Anerkennung einer Vertretung im Willen; birgt doch diese letztere

[1]) Hierüber vergl. Motive S. 203 sowie B.GB. § 120, dem dieser Rechtssatz zugrunde liegt; Oertmann „Recht" 06, 727; Cosack § 64, III, 1; Falkmann S. 29 ff.

weit mehr Gefahren für das Wohl des Vertretenen als eine bloße Vertretung in der Erklärung, da die juristische Einwirkung des Vertreters im Willen auf das rechtliche Herrschaftsgebiet des Vertretenen eine weit intensivere ist als die des Vertreters in der Erklärung.

Während nämlich die Hilfstätigkeit des Vertreters in der Erklärung sich darin vollendet, daß er den vom Vertretenen gebildeten und ihm, dem Nichtadressaten, gegenüber geäußerten Willensinhalt auf dessen Veranlassung dem (gewollten) Adressaten erklärt, der Vertreter in der Erklärung also normalerweise und mit Notwendigkeit keinen bestimmenden Einfluß auf den Inhalt des durch ihn vermittelten fremden Rechtsgeschäfts erlangt, vielmehr gleichsam als Sprachrohr, instrumentum voluntatis des Willensurhebers fungiert, ist es auf der anderen Seite dem Vertreter im Willen charakteristisch, daß er dem durch ihn substantiierten Rechtsgeschäft sein individuelles Gepräge aufdrückt, indem sein individuelles Wollen, genauer: die durch sein individuelles Ermessen motivierte Willensentscheidung dem konkreten Rechtsgeschäft die Richtung gibt, das für seinen Inhalt bestimmend ist; nun kann es allerdings sein, daß im einzelnen Fall sich die Willensrichtung des Vertreters mit der des Vertretenen deckt; dies Zusammenfallen braucht nicht gerade auf Zufall, es kann vielmehr auch darauf beruhen, daß der Vertreter bestimmte Weisungen des Vertretenen zu beobachten hat (Spezialvollmacht). Jedenfalls aber kann, soweit sich die Willensbildung des Vertreters unabhängig von solchen bestimmten Weisungen des Vertretenen vollzieht, z. B. im Fall einer sogen. Generalvollmacht, ein konkreter Willensentschluß des Vertreters ebensogut im Widerspruch mit den Intentionen des Vertretenen stehen, als er mit ihnen übereinstimmen kann, der Wille des Vertreters mithin rechtliche Wirkungen in der Person des Vertretenen erzeugen, die dessen Willen zuwiderlaufen.

Darum ist diese Art der stellvertretenden juristischen Tätigkeit, dieser Grad der Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre, wie gesagt, erheblich gefährlicher für das Wohl des Vertretenen als eine Vertretung lediglich in der (juristischen) Tätigkeit, welche einen bereits gebildeten Willen dessen Adressaten verkündet.

Darum scheute man sich in Rom, Vertretung im Willen allgemein zuzulassen: die Selbstherrlichkeit des Individuums sollte sich nicht selbst schmälern können dadurch, daß es seinen souveränen Willen einen fremden konkurrierenden zur Seite stellte; im Interesse einer objektiven Freiheit legte man der subjektiven Freiheit, d. i. dem Selbstbestimmungsrecht des Individuums Fesseln an, auf daß sie sich nicht selbst aufheben und negieren könne.[1])

Eine Vertretung in der Erklärung dagegen ließen die Römer unbedenklich zu, soferne nicht eine Formvorschrift des betreffenden Rechtsgeschäfts im Wege stand; sie schien ihnen ungefährlich und mit der Selbständigkeit des vertretenen Individuums wohl verträglich; denn wer lediglich ihm vom Prinzipal mitgeteilte Willensentschließungen auf dessen Veranlassung dem gewollten Adressaten kundtut, tritt ja nicht in Konkurrenz mit der Individualität des Vertretenen er ordnet sich vielmehr ihr unter und bekräftigt, multipliziert sie dadurch gewissermaßen; der Vertreter in der Erklärung setzt ja nicht eigene (vielleicht sich deckende) Entschließungen neben, bezw. an die Stelle der Entschließungen des Vertretenen, er ist vielmehr lediglich Organ für die Verwirklichung fremder Willensentschlüsse, Verwirklichungsmedium fremden individuellen Wollens.

Diese Auffassung der Römer von der Ungefährlichkeit, weil mangelnden Selbständigkeit des bloßen Erklärungsvermittlers bringen die Quellen des römischen Rechts nicht nur durch die Nebeneinanderstellung des nuntius und der epistola zum Ausdruck, sondern auch durch Wendungen wie ministerium tantummodo praestare videtur[2]) u. dergl.

---

[1]) Wie das im altgerm. Recht der Fall war, wo man seine eigene Freiheit nicht bloß als Wett- oder Spieleinsatz preisgeben, sondern auch verpfänden konnte, vergl. v. Amira a. a. O. S. 134; Brunner S. 215, der von einer hypothekarischen Verpfändung der Freiheit redet; im übrigen vergl. Jhering, Geist des römischen Rechts 1894, §§ 24, 33; Kuhlenbeck, röm. R. 1910, Kap. II, § 5 sowie Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 47 f., der treffend sagt: Die Ausschließung der Stellvertretung im röm. R. ist ein Bollwerk zum Schutze der persönlichen Freiheit gegen wirtschaftliche Ausbeutung und Vernichtung der Persönlichkeit.

[2]) l. 15 D. 13, 5.

Aus der äußeren Verbindung des nuntius mit der epistola aber zu folgern, daß das Wesen des nuntius mit dem der epistola identisch sei, lehnt Hellmann[1]) mit Recht ab; denn der nuntius ist nun einmal kein bloßer gerulus verborum gleich dem toten Brief und es steht im Widerspruch mit den Realitäten, ist eitel Phantasie, wenn v. Ihering[2]) von einem Boten spricht, „dem der Brief, sozusagen, in gesprochenen statt in geschriebenen Worten eingehändigt ist".

Mag aber auch jene enge Auffassung der Quellen über das Wesen des nuntius bestanden haben, für uns ist sie jedenfalls nicht mehr legal: obschon der römischrechtliche nuntius zweifellos der historische Vorläufer des modernen Boten ist, eine eingehendere Untersuchung über seine begriffliche Tragweite können wir uns im Rahmen unserer Aufgabe gleichwohl ersparen mit Rücksicht darauf, daß die römischrechtlichen Sätze über den nuntius nicht mehr darstellen, als eben das römischrechtliche Analogon zur Botschaftslehre des modernen Rechts, nichts anderes als die spezifische Form und Struktur, in welcher speziell das römische Recht jener begrifflichen Möglichkeit einer Vertretung in der Erklärung positivrechtliche Anerkennung und damit praktische Geltung verschafft hat.

Für uns aber gilt es nunmehr den juristisch-technischen Begriff des Boten zu erfassen so, wie er uns im modernen Recht entgegentritt. Bevor wir jedoch an die Lösung dieser Aufgabe herantreten, haben wir noch — im vorweg — eine prinzipielle Frage zu erledigen, nämlich:

Können Wille und Erklärung auf verschiedene Personen auseinandergehen?

Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio S. 17 ff., behauptet nämlich, es könne juristisch nichts Willensäußerung einer gewissen Person genannt werden, was nicht Äußerung eines eigenen Willens ist; m. a. W. er bestreitet die Möglichkeit eines konkreten Auseinanderfallens von

[1]) Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, S. 20.

[2]) Jahrb. für Dogmatik I, 278.

Willensentschluß und Willenserklärung; dies seien nur Qualitäten desselben Dings, des Willensakts.

In dieser Theorie Zimmermanns verquickt sich Wahres mit Falschem; denn so gewiß es ist, daß die Erklärung eines rechtsgeschäftlichen Willensinhalts selbst, d. i. ihrerseits wiederum gewollt sein muß und so gewiß es ferner ist, daß dieser sogen. Erklärungswille juristisch nicht einer vom Träger des übrigen Willens verschiedenen Person angehören kann, daß vielmehr der zu einem konkreten Rechtsgeschäft erforderliche juristische Wille stets in seiner Totalität in einer und derselben Person vereinigt sein muß, so unbestreitbar ist anderseits die Tatsache, daß die reale Erklärung als solche kein Bestandteil des Willensaktes selbst ist um deswillen, weil sich derselbe, nämlich der Erklärungswille und der übrige Willensinhalt als Einheit, in der realen Erklärung dokumentiert und durch sie realisiert wird, d. h. rechtliche Wirksamkeit erlangt.

Wir eliminieren also aus dem gemeingewöhnlichen Begriff der Erklärung das Willensmoment, nämlich den sogen. Erklärungswillen, da er mit der Erklärung als solcher, d. h. mit der realen (äußeren) Kundgabe des (eben seiner Natur nach inneren und deshalb äußerungsbedürftigen) Willens als der lediglich zur Verwirklichung des Gewollten dienenden Handlung nichts gemein hat.

Daß aber diese Differenzierung eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, nämlich die Gruppierung in Willensinhalt und Erklärungswille einerseits und in die reale Kundgabe des Gewollten anderseits die allein richtige und auch eine notwendige ist, erhellt wohl am besten hinsichtlich eines sogen. formellen Rechtsgeschäfts.

Diesem ist eigentümlich, daß es zur Realisierung des durch den betreffenden rechtsgeschäftlichen Willens angestrebten rechtlichen Erfolges nicht ausreichend ist, daß der fragliche Wille überhaupt manifestiert, bezw. zur Kenntnis des Adressaten gebracht wird; es ist vielmehr erforderlich, daß dies in einer bestimmten, vom Gesetz vorgezeichneten Weise geschieht und da zeigt sich denn sofort die begriffliche Selbständigkeit und Abgeschlossenheit der realen Erklärung als solcher gegenüber dem sogen. Erklärungswillen:

Jene gesetzliche Beschränkung betrifft nämlich ausschließlich die reale Kundgabe des betreffenden Willens als solche und nicht auch den sogen. Erklärungswillen; nicht der auf Erklärung eines bestimmten Willensinhalts gerichtete Wille soll nach der Intention des Gesetzes durch jene Formvorschriften erschwert werden, sondern lediglich das Realisierungsmittel dieses Willens, die reale Erklärung, m. a. W. das Gesetz will in jenen Bestimmungen nicht Gegenmotive schaffen, die als retardierende Momente dem Wollen (bezw. Erklärenwollen) eines bestimmten Rechtserfolges, z. B. der Ausstellung eines Wechsels, der Eingehung eines Ehevertrags oder Erbvertrags entgegenwirken sollen: die genannten Formvorschriften lassen vielmehr den rechtsgeschäftlichen Willensakt selbst durchaus unberührt und normieren nur die Art und Weise, in welcher der als solcher unsichtbare Wille des Subjekts sich objektivieren muß, um rechtswirksam zu sein, indem sie die Zahl der an sich zur Kundgabe des inneren Willens in der Außenwelt tauglichen Mittel gesetzlich reduzieren. Infolge dieser Unabhängigkeit, d. h. begrifflichen Selbständigkeit von Willensakt und Erklärungsakt kann es nun kommen, daß keine Realisierung des rechtsgeschäftlichen Willens erfolgt, obschon ein Erklärungswille vorhanden, nämlich aus der realen Erklärung ersichtlich ist, weil eben das Realisierungsmittel des Willensaktes, die reale Erklärung nicht tauglich war, d. i. den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprach.

Richtig ist nun allerdings, daß diese Sonderung von Willensakt und Realisierungsakt des Willens im Rahmen des Tatbestandes einer Eigenerklärung des Willensträgers nur eine gedachte oder begriffliche ist; aber dies Zusammenfallen von Willensentschluß und Willenserklärung ist kein notwendiges, sondern eben nur eine Besonderheit der Eigenerklärung des Willensträgers, die sich aus dem Umstand ergibt, daß bei der Eigenerklärung des Willensträgers der Erklärungswille der realen Erklärung präsent sein muß.

Daraus also, daß die Selbständigkeit der realen Erklärung als solcher im Falle der Eigenerklärung des Willensträgers nur eine gedachte, theoretische und keine praktisch hervortretende ist, kann man nicht mit Zimmermann den Schluß ziehen, daß die Mög-

lichkeit eines konkreten Auseinanderfallens von Wille und Erklärung überhaupt ausgeschlossen sei; jener Umstand beweist vielmehr nur, daß jene Potenz speziell hinsichtlich einer Eigenerklärung nicht verwirklicht ist, nicht aber, daß sie überhaupt nicht realisierbar ist.

Gestützt auf die Selbständigkeit der realen Erklärung gegenüber dem Willensakt weisen wir also die Lehre Zimmermanns, Wille und Erklärung könnten nicht auseinanderfallen, als auf einer Verkennung des begrifflichen Verhältnisses von Willensentschluß und Willenserklärung beruhend zurück und wenden uns im folgenden der Beantwortung der Frage zu, ob und wie unser modernes Recht jener Möglichkeit des Auseinanderfallens von Willensentschluß und Willenserklärung gesetzliche Anerkennung und damit praktische Geltung, Realität verschafft hat.

I. Abschnitt.

Der Begriff des Boten.

A. Bote im juristischen Sinne ist nur der erklärungserzeugende Schreib- und Spruchbote.

Darin beruht die wirtschaftliche Bedeutung des Boten, daß er einen vom Prinzipal gebildeten Willensinhalt, der, um wirksam zu sein, des Zugehens an den Adressaten bedarf, dem (gewollten) Adressaten kundtut, erklärt, wodurch eben der vom Prinzipal angestrebte rechtliche Erfolg realisiert wird. Durch die Botentätigkeit wird also dem Urheber eines empfangs- bezw. ankunftsbedürftigen Willens die Notwendigkeit erspart, die Erklärungshandlung gegenüber dem Adressaten selbst, persönlich vornehmen zu müssen, welche zur Herbeiführung der rechtlichen Wirksamkeit des (empfangsbedürftigen) Willens erforderlich ist, indem es dem Willensträger ermöglicht wird, zur Realisierung der von ihm gebildeten Willenspotenz statt der ihm angeborenen Erklärungsorgane sich fremder zu bedienen, derart, daß der faktische Träger des fremden Erklärungsorganismus nur als Werkzeug, Sprachrohr, instrumentum voluntatis des Willensurhebers erscheint.

Soll aber die Erklärungstätigkeit der fremden Organe gegen den Prinzipal wirken, so bedarf es dazu, wie wir schon oben S. 4 ff. hervorgehoben haben, des Rechtsschutzes, d. h. eines Satzes des positiven Rechtes, der diese Wirkung besonders garantiert, da sich niemand fremder Erklärungsorgane zur Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges bedienen kann, wenn sie ihm nicht speziell — für den konkreten Fall — rechtlich zugeeignet sind; m. a. W. wenn nicht

ein Rechtssatz des Inhalts besteht, daß — unter gewissen Voraussetzungen — die Erklärung des einen als die Erklärung des andern gilt.

Dieser Rechtssatz liegt aber dem B.GB. § 120 zugrunde, welcher lautet: Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie eine nach § 119 irrtümlich abgegebene.

Denn die Anfechtungsmöglichkeit der von der Mittelsperson an den Adressaten abgegebenen Erklärung seitens des Herrn hat doch zur notwendigen Voraussetzung, daß eine gültige Erklärung des Herrn an den Adressaten überhaupt vorliegt, daß also die (reale) Erklärung der Mittelsperson als vom Urheber abgegeben gilt.[1])

Ausdrücklich besagen das die Motive zum B.GB. § 101, S. 203, wo es heißt: „Wer durch Vermittlung einer andern Person seinen Willen kundgibt, muß die auf die Wiedergabe des Willens gerichtete Erklärung dieser Person als seine Erklärung gelten lassen."

Daraus aber, daß unser positives Recht im B.GB. § 120 — der einzigen und deshalb ausschlaggebenden Bestimmung über den Boten — der durch den Boten betätigten realen Erklärung eines vom Mandanten erzeugten und dem Boten zur Erklärung aufgetragenen[2]) Willens rechtliche Wirksamkeit gegen den Mandanten verleiht, auch wenn die Erklärung des Boten sich mit der Willensrichtung des Absenders nicht deckt,[3]) geht hervor, daß das Gesetz den Boten nicht als den bloßen Überbringer einer bereits vollendeten Erklärung betrachtet, sondern vielmehr als den Produzenten der Erklärung. Dem Boten im juristisch-technischen Sinne des B.GB. ist sonach das Erklären

[1]) Hierüber vergl. Oertmann Com. S. 371; Falkmann a. a. O. S. 29; Cosack § 64, III. 1; Oertmann, Recht ob. S. 727, Anm. 4.

[2]) In diesem Erklärungsauftrag zeigt sich jener sogen. Erklärungswille, der juristisch nur beim Willensurheber vorhanden ist; faktisch allerdings auch beim Erzeuger der realen Erklärung (Boten) vorhanden sein wird, da ja die Triebfeder alles menschlichen Handelns der Wille ist und der Mensch demgemäß normalerweise eben nur erklärt, wenn er erklären will.

[3]) Hier allerdings (im Normalfall) nur mit der Intensität des sogen. negativen Interesses.

charakteristisch, d. i. die Erzeugung jener Willenskundgebungsform, in welcher der vom Prinzipal gebildete Willensinhalt dem Adressaten zugeht und in welcher er — in dem oben angeführten Maße — rechtliche Geltung erlangt.

Fromm a. a. O. S. 55 ist anderer Ansicht; er meint, es sei fehlerhaft, zu sagen, der Bote beschaffe erst die Erklärung, indem er sie ausspreche; die Erklärung habe der Prinzipal beschafft, nicht der Bote; dieser trage nur die wörtliche Erklärung des Prinzipals weiter. Fromm beruft sich seinerseits auf Hoelder, Pandekten, der S. 296 ff. sagt: Wäre die Erklärung erst durch die Mitteilung des Boten vollendet, so wäre auch der Bote ein Stellvertreter, während er sich von diesem in Wirklichkeit unterscheidet als bloßer Überbringer der durch seine Absendung in gleicher Weise wie durch Absendung eines Briefes vollzogenen Willensäußerung.

Wir vermögen dieser Ansicht, wonach nicht der (Spruch- oder Schreib-) Bote, sondern der Absender desselben der Erklärende ist, nicht beizutreten; denn einmal ist der Hinweis Frommś auf die Lehre Zimmermanns von der Unmöglichkeit eines konkreten Auseinanderfallens von Willensentschluß und Willenserklärung für uns nicht beweiskräftig; haben wir doch gesehen, daß jenes Auseinandergehen nicht nur begrifflich möglich, sondern sogar positivrechtlich verwirklicht ist im B.GB. § 120, indem die durch den Boten betätigte (rein reale) Erklärung an den Dritten kraft dieser Bestimmung rechtliche Geltung gegen den Prinzipal hat nicht nur dann, wenn sie mit der Willensäußerung des Prinzipals übereinstimmt, sondern auch dann, wenn der vom Boten an den Dritten erklärte Wille sich mit dem vom Prinzipal ihm gegenüber geäußerten nicht deckt. Aber auch die Argumentation Hoelders erweist sich bei näherem Zusehen als nicht stichhaltig. In erster Linie steht sie im Widerspruch mit den Tatsachen: ist nämlich die Willenserklärung schon vollendet mit der Erteilung des Auftrags an den Boten, so muß sie doch in dieser ihrer fertigen Gestalt auch zur Kenntnis dessen gelangen, den sie angeht und für den sie bestimmt ist.

Dies ist nun keineswegs der Fall; vielmehr ist die Erklärung des Willensurhebers (im Normalfall) nur in das Ohr des zur Über-

mittlung bestimmten Organs gedrungen, vielleicht, wie man zu sagen pflegt, zum einen Ohr hinein und zum andern heraus, d. h. schon wieder vergessen mit dem Moment, wo der Klang der Worte verhallt ist: im günstigsten Fall aber hat sie den Impuls gegeben zu einer durch den Boten seinerseits betätigten, mehr oder minder konformen Reproduktion der urheberischen Willensmitteilung.

Dieser letztere Erklärungsakt ist es allein, aus welchem dem Dritten ein betr. rechtsgeschäftlicher Willensinhalt ersichtlich wird, resp. werden kann, während seine kausalen Antezedentien, insbesonders also jene urheberische Willensmitteilung an das reproduzierende Organ, sich seiner Kenntnis vollständig entziehen.[1])

In Würdigung dieser Lage der Tatsachen verlegt denn auch das moderne Recht den juristischen Schwerpunkt nicht in die Willensäußerung des Urhebers an das (bloße) Reproduzierungsorgan, sondern in die durch den Boten betätigte Erklärung an den kontrahierenden Dritten. Deshalb lautet denn auch jene Fiktion der Motive nicht, wie die gegnerische Auffassung konsequenterweise fordern müßte: die vom Willensurheber an das Reproduzierungsorgan abgegebene Willensäußerung gilt als an den kontrahierenden Dritten abgegeben, sondern im Sinne der hier vertretenen Ansicht gerade umgekehrt: die Erklärung des Boten gilt als vom Urheber abgegeben.[2])

Wäre nun die für den Dritten bestimmte Willenserklärung schon mit der Beauftragung des Boten vollendet, so daß der Ausrichtung des Auftrags durch diesen nur mehr die Bedeutung einer bloßen Benachrichtigung des eigentlichen Kontrahenten zukommen würde, so hätte es doch keinen Sinn, die (physische) Erklärung des Boten gegenüber dem Dritten dem Prinzipal rechtlich zu eigen zu machen, da es füglich durchaus indifferent sein müßte, wenn diese Rolle des bloßen Reporters rechtlich zu eigen wäre.

---

[1]) „Sind die Worte verhallt," führt Koppers a. a. O. S. 227 aus, „ohne daß sie der Empfänger gehört hat, so können sie überhaupt nicht mehr zu seiner Wahrnehmung gelangen . . . ."

[2]) Vergl. Motive § 101, S. 203 sowie B.G.B. § 120, dem jene Fiktion zugrundeliegt.

Die von uns vertretene, durch jene Fiktion der Motive gebilligte Auffassung ist auch die rechtspolitisch allein angemessene; denn aus Billigkeitsrücksichten kann man für den kontrahierenden Dritten doch nur den Willen maßgebend sein lassen, der ihm zugeht, während die Vorgeschichte der zu seiner Kenntnis gelangten Erklärung ihm zunächst gleichgültig sein kann, ja gleichgültig sein muß, so lange sie sich ihrerseits seiner Kenntnis entzieht; das fordert der Schutz des guten Glaubens eines Erklärungsempfängers mit Notwendigkeit.

Nun ist freilich nicht zu verkennen, daß diese Entscheidung auf der anderen Seite, d. i. für den Willensurheber gefährlich werden kann für den Fall nämlich, daß der Bote in Ausführung seiner Reproduzierungsfunktion falliert und dem Dritten einen anderen Willen als vom Urheber abgegeben bezeichnet als jenen, den dieser wirklich abgegeben hat. Da nämlich, wie wir gesehen haben, die vom Boten beschaffte Formulierung rechtlich als vom Urheber ausgehend gedacht wird[1]), ist dieser an sie — allerdings in geringerer Intensität — auch dann gebunden, wenn sie einen anderen als den vom Prinzipal dem Boten mitgeteilten Willen der Kenntnisnahme des Adressaten unterstellt; ein Satz, der sich unmittelbar aus B.G.B. § 120 ergibt.

Gleichwohl entspricht der Standpunkt des Gesetzes durchaus der Billigkeit; denn wer sich zwecks Kundgabe eines rechtsgeschäftlichen Willens an einen bestimmten Adressaten einer Mittelsperson bedient, tut dies in eigenem Interesse; nämlich um nicht persönlich das (Erklärungs-)Substrat beschaffen zu müssen, aus welchem der Adressat den Willensinhalt ersehen kann, nicht aber um dem Adressaten eine Tätigkeit zu ersparen: die Eigenerklärung des Absenders ist es, welche durch die Bodenfunktion ersetzt wird, nicht das Vernehmen, die gedankliche Rezeption des Erklärten seitens des Adressaten; als Sprachrohr, mittels welchen der Willensurheber den rechtsgeschäftlichen Gedankeninhalt dem gewollten Adressaten kundtut, fungiert der Bote, nicht als Hörrohr, mittels welchen der Adressat

---

[1]) cf. Motive § 101 und B.G.B. § 120.

die Willenserklärung des Prinzipals vernimmt[1]); dem Mandanten lediglich leistet also der Bote seine Dienste; er trage denn auch das Risiko dieser Dienstleistung; denn cuius commodum, eius et periculum, lautet eine alte Norm der Billigkeit.

Auf diese Weise erlangt nun allerdings ein in Wahrheit gar nicht existierender Wille rechtliche Geltung deswegen, weil er seitens des — mit der Erklärung eines wirklich vom Prinzipal geäußerten Willens an den Willensadressaten beauftragten — Mediums als Wille des Prinzipals bezeichnet wird.

Aber das ist keine singuläre Erscheinung im modernen Recht, wie schon die Analogie des § 119 B.GB. zeigt; § 119 hält nämlich gleichfalls den Kontrahenten bei einer Erklärung fest, die seinem Willen nicht entsprach, indem ein Irrtum in der Erklärung (Ggz. Irrtum im Willen = im Motiv) für ihre Abgabe kausal war.

Ein erklärter Nicht-Wille liegt nun auch im Fall des § 120 vor: und dieser Scheinwille erzeugt ebenfalls Rechtswirkungen, indem die causa efficiens der Erklärung dieses Nicht-Willens, die sogen. unrichtige Übermittlung durch § 120 dem Irrtum in der Erklärung des eigenerklärenden Willensurhebers (§ 119) rechtlich gleichgestellt wird.

Die Analogie der §§ 119 und 120 B.GB. in der besagten Richtung ist eine durchgreifende; sie wird insbesonders durch den Umstand nicht getrübt, daß in den Fällen des § 119 der wirkliche Wille (Ggz. der erklärte Scheinwille) regelmäßig in interno des Willensproduzenten geblieben ist, während er sich im Falle des § 120 immerhin objektiviert hat in der urheberischen Willensäußerung an das Reproduzierungsorgan.[2]) Denn hat der Willensträger damit

[1]) Wäre nämlich letzteres der Fall, so müßte § 120 B.GB. die Anfechtungsmöglichkeit dem Adressaten der Erklärung geben, weil er diese — mittels des Vernehmungsmediums — falsch vernommen hat, nicht aber dem Willensurheber, weil er — mittels des Erklärungsmediums — falsch erklärt hat.

[2]) Der Fall, daß der vom Mandanten an den Boten geäußerte Wille seinerseits infolge eines Irrtums (in der Erklärung) dem wirklichen Willen des Mandanten nicht entsprach, kann in diesem Zusammenhang füglich beiseitegelassen werden.

seinen Willen auch schon geäußert, so hat er ihn doch nicht schon erklärt, d. i. dem (gewollten) Adressaten gegenüber geäußert: es hat ihm ja bei dieser seiner Willensäußerung an das bloße Reproduzierungsorgan der präsente Richtungswille und damit — bei einem empfangsbedürftigen Willensinhalt — überhaupt der komplette Erklärungswille gefehlt, nämlich der Wille, die (Willens-)Äußerung an den kontrahierenden Dritten abzugeben.[1])

Diesen Richtungswillen hat er nur in Bezug auf die durch den Boten seinerseits zu betätigende Reproduktion der urheberischen Willensäußerung, d. h. nur von dieser will er, daß sie sich an den Willensadressaten richte, daß sie also demgegenüber abgegeben werde, für den sie bestimmt ist.

Zwar kommt dieser Richtungswille schon in der Willenskundgebung seitens des Willensurhebers an den Boten zum Ausdruck; aber er ist in ihr nur in der Potenz[2]) enthalten; denn er bezieht sich auf die Zukunft; genauer: auf die in der Folge durch den Boten zu betätigende Willensäußerung gegenüber dem Adressaten, welche damit zur Willenserklärung im eigentlichen Sinne wird, während jene urheberische Willensmitteilung an das bloße Reproduzierungsorgan nichts weiter ist als ein innerhalb des weiteren, komplizierteren Erklärungsapparats, wie er dem B.GB. § 120 eigen ist, noch zirkulierender Willensinhalt, der zu seiner Substantiierung, resp. substantiellen Vollendung erst der Erklärung bedarf und den der Willensproduzent demnächst — nämlich unter Gebrauch des ihm (für den konkreten Fall) fiktiv zugeeigneten Erklärungsorganismus — auch erklären will, folgeweise aber erst mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Erklärungstätigkeit des Boten auch wirklich erklärt hat.

[1]) Daher ist die Willenserklärung, auch wenn sich Absender und Adressat im gleichen Raum befinden und dieser die Bestellung an den Boten vernommen hat, dennoch erst dann perfiziert, wenn sie der Bote dem andern Teil abgegeben hat; denn die Beauftragung des Boten war keine Erklärung gegenüber dem Empfänger; so richtig Falkmann S. 30; Düringer-Hachenburg II, S. 26; Titze a. a. O. S. 243; anders Hoelder a. a. O. S. 112 ff.

[2]) Weshalb B.GB. § 130. II mit dem hier vertretenen Standpunkt nicht im Widerspruch steht.

Abschließend konstatieren wir also, daß Bote im Sinne des modernen Rechts nur der erklärungserzeugende Spruch- bezw. Schreibbote, das sogen. Reproduzierungsorgan ist, d. h. derjenige, welcher eine empfangsbedürftige Willenspotenz auf Veranlassung ihres Urhebers dadurch substantiiert, daß er die zur Entstehung der Rechtswirkung notwendige und für ihren Inhalt bestimmende rechtsgeschäftliche Erklärung an Stelle des Prinzipals und mit Wirkung gegen ihn gegenüber dem Willensadressaten abgibt.[1])

Auch einen Vertreter in der Erklärung können wir den Boten des B.GB. nennen, weil er ja dem Prinzipal die Eigenerklärung erspart, mit demselben Rechte, mit welchem man denjenigen einen Vertreter im Willen nennt, der dem Prinzipal die eigene Willensentscheidung erspart; denn liegt, wie Mitteis a. a. O. S. 3 richtig bemerkt, nach dem natürlichen Wortsinn Vertretung da vor, wo für einen andern in der Absicht gehandelt wird, um dessen Tätigkeit zu ersetzen, so muß man Vertretung im juristischen Sinne da annehmen, wo dem Vertretenen eine juristische Tätigkeit erspart wird; eine juristische Tätigkeit ist aber die Beschaffung der rechtsgeschäftlichen Erklärung durch den Boten nicht nur in dem Sinne, daß sie, wie wir gesehen haben, ohne Rechtsschutz nicht möglich wäre, sondern auch mit Rücksicht darauf, daß § 120 B.GB. — wenn auch mit beschränkter Intensität — die Erklärungstätigkeit des Boten für den Inhalt des durch ihn substantiierten Rechtsgeschäfts bestimmend sein läßt.

[1]) Daraus aber, daß sich die Reproduzierungstätigkeit des Boten als bloßer Realisierungs-, bezw. Substantiierungsakt einer bereits vorhandenen Willenspotenz darstellt, ergibt sich von selbst, daß eine analoge Anwendung des § 177 B.GB. auf den Boten ausgeschlossen ist, da nur realisiert werden kann, was bereits — potentiell — vorhanden ist.

B. Abgrenzung des Boten nach unten durch Eliminierung des Briefträgers vom juristisch-technischen Begriff des Boten.

Wir haben im vorhergehenden im Anschluß an jene — dem B.GB. § 120 zugrunde liegende — Fiktion der Motive (§ 101 S. 203) als die charakteristische Tätigkeit des Boten im Sinne des B.GB. das Erklären eines fremden Willens bezeichnet, genauer: die Erzeugung jener Kundgebungsform, durch welche und im Rahmen welcher ein Wille des Prinzipals rechtliche Geltung erlangt.

Das führt zur Ausscheidung des von Regelsberger sogen. bloßen Transportwerkzeuges, d. h. des Überbringers eines adressierten Originalschriftstücks oder des sozusagen lediglich „erklärungstragenden" Briefträgers vom juristisch-technischen Begriff des Boten; denn die Tätigkeit des Transporteurs einer schriftlich fixierten und adressierten Willenserklärung ist ihrerseits nichts Erklärungsartiges: sie charakterisiert sich vielmehr als bloße Vorbereitungshandlung zu einer eigenhändigen Erklärung des Willensurhebers,[1]) d. h. zu einer Erklärung des Willensproduzenten selbst, also unter Gebrauch der ihm angeborenen, nicht der ihm in concreto fiktiv zugeeigneten Erklärungsorgane fremder Personen.

Der Briefträger erklärt ja nicht selber statt des Briefschreibers, bezw. Willensurhebers mit der Wirkung, daß seine Erklärung kraft jener rechtlichen Fiktion als Erklärung des Willensurhebers gilt: er ermöglicht vielmehr nur, daß der Verfasser des Schriftstücks seinerseits wirksam erklären kann. Dieser braucht nun keineswegs, wie schon die Anmerkung[1]) besagt, mit dem Willensurheber identisch zu sein; gerade er kann vielmehr als Bote im juristisch-technischen Sinne fungieren.[2])

[1]) Der Einfachheit halber nehmen wir an, daß dieser mit dem Verfasser des Schriftstücks identisch ist oder daß er dessen Inhalt, etwa durch Einsichtnahme, approbiert und dadurch sich angeeignet hat.

[2]) Dazu vergl. Gareis Com. Anm. zu § 120.

Was aber den Briefträger selbst anlangt, so produziert er nicht wie der Spruchbote bezw. Schreibbote das Erklärungssubstrat, d. h. die Erklärungsform, in welcher der (empfangsbedürftige) Willensinhalt zur Kenntnis des Adressaten gelangen soll, dieses rührt vielmehr vom Urheber des Willens her; der Briefträger seinerseits aber schafft durch seine Tätigkeit lediglich eine geeignete Situation, die erforderlich ist, damit der Adressat von der (schriftlichen Eigen-)Erklärung des Willensurhebers[1]) Kenntnis nehmen kann; seine Tätigkeit ist also, wie gesagt, nur präparatorischer Natur und juristisch nicht anders zu qualifizieren wie die des Famulus, der einem Dritten die Möglichkeit zur Abgabe einer (wirksamen) mündlichen Willenserklärung gegenüber seinem Herrn dadurch verschafft, daß er diesen zur Kenntnis-, bezw. Entgegennahme derselben herbeigerufen hat. Wie dieser Diener fungiert auch der Briefträger als rein „kommunikatives Instrument" nicht anders wie auch der Telephonbeamte, der die (telephonische) Verbindung mit dem gewollten Adressaten herstellt oder der Fiaker, der den angerufenen Adressaten zur Telephonstelle bringt.

So bereitet uns auch der Fall aus der griechischen Geschichte von dem Sklaven, dem Histiäus den Kopf schor und eine Mitteilung für Aristagoras in die Kopfhaut ritzte, mit der Weisung, diesen zu bitten, ihm die Haare zu scheren und den Kopf zu betrachten, keine Schwierigkeit, wie Aßmann a. a. O. S. 74 meint; wir werden nämlich diesen Sklaven sofort als einen nur erklärungstragenden, mit anderen Worten als bloßen Briefträger bezeichnen können. Damit steht nicht im Widerspruch, daß der Sklave gemäß der Instruktion seines Herrn und Absenders den Adressaten auf seine (des Sklaven) Kopfhaut hinzuweisen und ihn zu bitten hat, ihm die Haare zu scheren; denn damit beschafft er die dort (schriftlich) verkörperte Willenserklärung nicht, er macht sie nur der Kenntnisnahme seitens des Adressaten zugänglich; er tut also nicht mehr, als was auch der Träger eines Briefes tut, wenn er diesen dem Adressaten zuträgt; denn darin vermögen wir einen

[1]) Der Einfachheit halber nehmen wir an, daß dieser mit dem Verfasser des Schriftstücks identisch ist oder daß er dessen Inhalt, etwa durch Einsichtnahme, approbiert und dadurch sich angeeignet hat.

juristisch bedeutsamen Unterschied nicht zu finden, daß es in letzterem Falle einer besonderen Instruktion bezüglich der Art der Kenntnisnahme nicht bedarf, vielmehr die Einhändigung des Briefes ausreichend ist, während eine solche in ersterem Falle infolge der Ungewöhnlichkeit des hier vom Willensproduzenten gewählten Erklärungssitzes immerhin vonnöten ist; ist doch die Belehrung des Adressaten seitens des erklärungstragenden Sklaven darüber, wo das die Willenserklärung des Prinzipals enthaltende Substrat zu finden sei, ihrerseits nicht Bestandteil jener Willenserklärung selbst, sondern lediglich eine der schriftlichen Eigenerklärung des Herrn zeitlich vorangehende und sie vorbereitende Hilfstätigkeit, die — als solche, d. h. ihrem Wesen nach — im Gegensatz zur Funktion des sog. Spruch- oder Schreibboten keinerlei gestaltenden Einfluß auf den rechtsgeschäftlichen Gedankeninhalt hat, wie er dem Adressaten zugeht und wie er — zum Schutze des gutgläubigen Empfängers — auch wirksam wird.[1])

Für die hier vertretene Scheidung von erklärendem und erklärungstragendem Organ tritt schon frühzeitig in die Schranken Schliemann, Goldschmidts Zeitschrift Bd. XVI, S. 4 ff., indem er sich gegen v. Ihering[2]) wendet, welcher denjenigen, der eine mündliche Erklärung dem Adressaten gegenüber zu reproduzieren hat, gleich dem Transporteur eines (adressierten) Originalschriftstücks zu einem bloßen Komunikationsinstrument degradiert.

Auch sonst begegnen wir in der Literatur vielfach einer generellen Gleichstellung von Bote und Briefträger, ja bisweilen einer absoluten Identifizierung; so bei Laband a. a. O. S. 189:

„Ob man dem andern einen versiegelten Brief übersendet oder den Vertragswillen mündlich bestellen läßt, ist juristisch gleichgültig."

Schott a. a. O. S. 70/71:

„Bote und Briefträger unterscheiden sich juristisch in gar nichts."

Fromm a. a. O. S. 54:

„Der Bote transportiert seinen mündlichen Auftrag genau so wie einen Brief."[3])

---

[1]) In der oben beschriebenen Abstufung.

[2]) Jahrb. für Dogm. I, 274.

[3]) Zum gleichen Resultat gelangen auch Aßmann S. 74, Jüngling S. 30, Eichner S. 30, Sommer S. 12 u. a.

Indes alle diese Schriftsteller verkennen, wie gesagt, die Bedeutung der Tatsache, daß die Erklärungsform, in welcher der Willensinhalt dem Adressaten zugeht,[1]) in jedem der beiden Fälle von einem anderen Subjekte beschafft wird, m. a. W. daß das tatsächlich erklärende Organ in jedem der beiden Fälle einem anderen Subjekte angehört, daß hier nämlich der Willensurheber[2]) selbst erklärt und zwar schriftlich, d. i. durch einen eigenhändig geschriebenen, adressierten (und versiegelten) Brief, dort hingegen der Bote und zwar mündlich, d. i. mit seiner Zunge, (eventuell auch auf andere Weise, z. B. schriftlich): Rein physisch oder faktisch genommen liegt also im einen Falle eine Erklärung des Willensurhebers selbst vor und nicht des Briefträgers, im anderen Falle dagegen eine Erklärung des Boten.[3])

An dieser Tatsache ändert auch der Umstand nichts, daß der Briefträger die in dem Schriftstück verkörperte Willenserklärung dem Adressaten aus seiner, d. i. des Briefträgers Hand übergibt[4]): denn damit eignet er sich dieselbe ja nicht an; damit hat er dieselbe nicht erst beschafft wie der (Spruch- oder Schreib)-Bote, wenn er sie dem Adressaten gegenüber ausspricht, formuliert, bezw. reproduziert; er trägt vielmehr lediglich eine bereits real vorhandene nämlich durch Schriftzeichen verkörperte Willenserklärung in dieser Verkörperung, also in fertiger Gestalt dem Adressaten zu; er hat demnach nicht wie der Bote im juristisch-technischen Sinne, Reproduzierungs-, d. i. Erklärungsfunktion, sondern bloße Transportfunktion. Seine Aufgabe ist es nicht, die reale, d. i. sinnlich wahrnehmbare (Erklärungs-) Form, in welcher der irreale Gedankeninhalt der Kenntnisnahme des Adressaten unterstehen soll, seinerseits erst zu beschaffen, er hat vielmehr nur das vom Absender selbst bereits erzeugte Manifestierungsmittel des rechts-

[1]) Und in welcher er in gewisser Intensität auch wirksam wird.

[2]) Der Einfachheit halber nehmen wir an, daß dieser mit dem Verfasser des Schriftstücks identisch ist oder daß er dessen Inhalt, etwa durch Einsichtnahme, approbiert und dadurch sich angeeignet hat.

[3]) Und nur bei dieser letzteren bedarf es daher der rechtlichen Zueignung an den Willensträger durch jene Fiktion, bezw. ist sie möglich.

[4]) Wie der Bote die mündliche Erklärung aus seinem Gedächtnis; so Fromm a. a. O. S. 55.

geschäftlichen Willens in die geeignete Situation zu bringen, damit es wirken kann: der Briefträger als solcher hat also lediglich ein negatives Tatbestandsmoment hinwegzuräumen, welches der schon vollendeten, ihm in empfangsfähigem Zustande übergebenen Willenserklärung des Prinzipals im Wege steht und ihre Wirksamkeit hinausschiebt.[1])

Die spezifische Tätigkeit des Briefträgers ist somit nicht erklärungsartig, sondern lediglich erklärungsdienend, er wirkt nicht wie der Reproduzent einer mündlichen Botschaft erklärungsgestaltend, seine Funktion bewegt sich vielmehr außerhalb der Willenserklärung als solcher und betrifft nur die Voraussetzungen, unter welchen die ihm in vollendetem, insbesondere empfangsfähigem Zustande übergebene Erklärung des Absenders wirken kann.[2])

Damit steht nicht im Widerspruch, daß, wie Aßmann a. a. O. S. 73 bemerkt, auch der Briefträger die ihm zum Transport übergebene Erklärung verstümmeln kann, indem er das Schriftstück fälscht; denn das kann auch ein anderer, wenn er nur die tatsächliche Gewalt über das die Erklärung enthaltende Substrat erlangt, ohne gerade mit dessen Transportierung beauftragt zu sein, z. B. der Verwahrer;

---

[1]) Hat daher der Absender die Erklärung dem Boten schriftlich mitgegeben, dieser aber das Schriftstück unterwegs verloren und darum vor dem Destinatär die Erklärung mündlich (oder auch schriftlich) reproduziert, so ist die von der Partei „abgegebene" Erklärung nicht zur Wirksamkeit gelangt. Denn der Betreffende war nur zur Beförderung eines Schriftstücks, nicht aber zur Überbringung einer mündlichen Botschaft vom Absender bestellt. Dadurch, daß er die Erklärung schriftlich fixierte, wollte der Absender die Gefahr der unrichtigen Übermittlung ja gerade ausschließen; so Titze a. a. O. S. 244; somit unterscheidet also auch Titze das bloße Transportorgan vom Reproduzierungsorgan; aber nur, um beide dem gemeinsamen Oberbegriff „Übermittlungs"-Organ (§ 120) zu subsumieren; vergl. Titze a. a. O. S. 290 Anm.

[2]) So sagt auch Oertmann a. a. O. S. 505: „Die Tätigkeit des ‚Boten' ist verschieden bei verkörperten und nicht verkörperten Erklärungen; bei jenen ist er nur Überbringer der übrigens vollendeten Erklärung; bei diesen bringt er die Erklärung erst gegenüber dem Empfänger zustande, ist Werkzeug zu ihrer Vollendung. Rechtserheblich ist der Begriff des Boten wohl nur in diesem zweiten Falle."

aber nicht jeder, der ein Schriftstück fälschen kann, ist um deswillen Bote; denn nicht das ist dem Boten wesentlich, daß er die von ihm dem Adressaten gegenüber zu reproduzierende Erklärung des Prinzipals überhaupt fälschen kann, sondern daß er dies im Zusammenhang mit (der Ausübung) seiner Erklärungsfunktion kann, während der Briefträger im Rahmen seiner Funktion mit dem Geschäftsinhalt in keiner Weise in Berührung kommt, ihn im Normalfall überhaupt gar nicht kennt, indem er ja nur die distantia loci zu beseitigen hat, welche die im übrigen vollendete Erklärung in ihrer Wirksamkeit suspendiert.

Somit hat die Fälschung des Erklärungsinhalts durch Veränderung der Erklärungsform seitens des Briefträgers mit seiner spezifischen Funktion, die ja die Willenserklärung, resp. das Erklärungssubstrat, aus dem sie ersichtlich ist, nicht nach innen, sondern nur noch außen, d. i. nicht ihrem Inhalte nach, sondern lediglich in ihrem räumlichen Verhältnisse zum Adressaten ergreift, nicht das mindeste zu tun.

Ein gleiches kann nun allerdings nicht entgegengehalten werden der weiteren Behauptung Aßmanns a. a. O. S. 73, daß der Briefträger gleich dem (Spruch-) Boten fahrlässig die Erklärung verändern kann, indem er die Schrift auf einer Karte bei unvorsichtigem Tragen durch Regenwasser verwischen lassen oder aus einem schlecht verschlossenen Kuvert einen Zettel mit einem wichtigen Nachtrag verlieren kann. Denn diese Art der Einwirkung auf den Geschäftsinhalt hängt ja mit der Transportfunktion des Briefträges kausal zusammen, emaniert gerade aus der Ausübung der Briefträgertätigkeit in ihrer spezifischen Funktion.

Gleichwohl ist auch in dieser Richtung eine Parallele zwischen erklärungsreproduzierendem und erklärungstransportierendem Organ in Wirklichkeit nicht vorhanden, die Ansicht Aßmanns also auch in diesem Punkte nicht zu billigen; denn wenn dem Adressaten eines durch Regenwasser verwischten Schriftstückes bei dessen Entzifferung Zweifel über den Sinn der in dem Schriftstück verkörperten Willenserklärung entstehen, weil einzelne Wörter oder Stellen unleserlich geworden sind, so darf er nicht einfach die Lücken nach eigenem Ermessen bezw. Gutdünken ausfüllen, er ist vielmehr gleich dem

Empfänger einer undeutlich gesprochenen und deshalb unverständlichen mündlichen Erklärung verpflichtet[1]), den Verfasser des Schriftstücks[2]) zur Ergänzung des Fehlenden aufzufordern.

Tut er das nicht, so läuft er Gefahr etwas Falsches aus dem Schriftstück herauszulesen bezw. herauszukonstruieren. Und zwar auf sein eigenes Risiko; denn er kann den infolge seiner Nachlässigkeit etwa entstandenen Schaden nicht auf das Konto des Willensurhebers abwälzen, indem er nämlich unter Berufung darauf, er habe die in jenem Schriftstück enthaltene Willenserklärung in verstümmeltem Zustande zugestellt bekommen, aus dem Titel der unrichtigen Übermittlung von diesem Ersatz des sogen. negativen Interesses verlangt (B.GB. § 122): er hat die Erklärung ja selbst verstümmelt durch seine Interpolationen, zu denen er nicht berechtigt war, die er vielmehr dem Urheber der Erklärung hätte überlassen sollen.

Nicht anders aber ist die Rechtslage in dem Fall, daß der Briefträger in Ausführung seiner Tranportfunktion aus einem unversiegelten und gar noch schlecht verschlossenen Kuvert einen Zettel mit wichtigem Nachtrag verliert; geht hier aus der Unvollständigkeit und mangelnden Abgeschlossenheit des dem kontrahierenden Adressaten zugegangenen Schriftteils der Verlust des anderen hervor, so ist er, wie im vorigen Falle, verpflichtet, den Willensurheber[3]) zur Ergänzung des Fehlenden aufzufordern; dies gilt insbesondere dann, wenn die Art der Kuvertierung z. B. infolge mangelnder Versiegelung oder des Mangels überhaupt eines Verschlusses jene Möglichkeit (des Verlierens) nicht ausschließt.

Wie aber dann, wenn aus dem Inhalt des der Kenntnisnahme des Adressaten zugänglichen Schriftstücks der Verlust des anderen nicht in der obigen Weise ersichtlich ist? Wenn vielmehr das dem Adressaten zugegangene Schriftstück den Eindruck der Vollständigkeit und inneren Geschlossenheit machen konnte bezw. mußte, während es doch in Wirklichkeit, d. i. im Sinne des Willensträgers in seiner

---

[1]) Sofern er sich überh. einlassen will.

[2]) Bezw. den mündlich Erklärenden.

[3]) Der Einfachheit halber nehmen wir an, daß dieser mit dem Verfasser des Schriftstücks identisch ist oder daß er dessen Inhalt, etwa durch Einsichtnahme, approbiert und dadurch sich angeeignet hat.

Isolierung nur fragmentarischen Charakter hat und eben durch das abhanden gekommene Schriftstück nach der Intention desselben ergänzt werden sollte?

Hier kann der Adressat die Mangelhaftigkeit des ihm zugegangenen Erklärungssubstrats ja nicht erkennen, er muß sich also an das halten dürfen, was ihm vorliegt, obwohl dieses den Willen des Absenders nur torsoartig, also in entstellter Weise darstellt.

Anderseits wird man aber dem Prinzipal ein Anfechtungsrecht nicht versagen dürfen. Aber dieses emaniert nicht aus dem Titel der unrichtigen Übermittlung nach B.GB. § 120, es ist vielmehr nach B.GB. § 119 gegeben, weil der Willensproduzent eine Erklärung des Inhalts, wie sie — infolge des Verlustes des einen Schriftstücks — dem Adressaten tatsächlich zugegangen ist, nicht abgeben wollte.

B.GB. § 120 ist nämlich deswegen nicht anwendbar, weil es immerhin die schriftliche Eigenerklärung des Willensurhebers, also eine vom Prinzipal selbst ausgehende, d. i. durch seine eigenen, ihm angeborenen Organe bewirkte Erklärungsform ist, in welcher der rechtsgeschäftliche Gedankeninhalt dem (gewollten) Adressaten zugeht. Nun ist es freilich der Briefträger als solcher, der — infolge unvorsichtigen Tragens — die Entstellung bewirkt.

Aber um deswillen liegt keine unrichtige Übermittlung im technischen, d. i. im Sinne des B.GB. § 120 vor; ebensowenig als man von einer solchen sprechen kann, wenn die Schallwellen der Luft, diese spezifischen Kommunikationsfaktoren der sogen. mündlichen Kundgebungsform eines rechtsgeschäftlichen Willens, diesen dadurch entstellen, daß sie die gesprochenen Worte nur in quantitativ beschränktem Maße der Kenntnisnahme des Adressaten unterstellen.

Solche Entstellung mag insbesondere die Folge einer Unterbrechung oder vorzeitigen Trennung beim Fernsprechverkehr sein; sie kann sich aber auch daraus ergeben, daß die die menschliche Sprache fortpflanzenden Schallwellen der Luft durch die störenden Einwirkungen von Wind und Sturm von ihrer Bahn in der Richtung auf das Ohr des Adressaten abgelenkt werden und so den vom Sprechenden in Form von Worten geäußerten Gedankeninhalt

nur partiell dem Erklärungsempfänger zutragen; dabei ist es aber wiederum möglich, wie im vorigen Fall,[1]) daß die das Ohr des Adressaten wirklich erreichenden Erklärungssubstrate, hier also die vom Adressaten wirklich vernommenen Worte des Erklärenden den Eindruck der Vollständigkeit und gedanklichen Abrundung zu machen geeignet sind. Dann wird der Adressat den Abgang der durch die störende Luftströmung, bezw. durch die vorzeitige Trennung zerstreuten Laute, die ja möglicherweise ebenfalls einen wichtigen Nachtrag darstellen, ebensowenig bemerken wie der Empfänger eines Gedankeninhalts in Schriftform die von dem hier in Betracht kommenden Kommunikationsinstrument (Briefträger) auf der Straße in Ausübung seiner Transportfunktion verlorenen Schriftzeichen vermissen wird.

Es können somit Funktionsstörungen in der Fortpflanzung der Schallwellen zur Folge haben, daß eine sogen. mündliche Willenserklärung dem Adressaten in entstelltem Zustande zugeht, indem ihm ein wichtiger Nachtrag entgeht, der Mangel aber infolge der anscheinenden Vollständigkeit des tatsächlich zugegangenen Willensinhalts nicht ersichtlich ist. Gleichwohl kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieser Tatbestand nicht unter die unrichtige Übermittlung im Sinne des B.GB. § 120 fällt.

Nicht anders aber wie die Schallwellen der Luft hinsichtlich der sogen. mündlichen Form der äußeren Kundgabe des inneren Willens fungiert der Briefträger in Bezug auf die schriftliche: wie nämlich die Schallwellen der Luft das mündliche Erklärungssubstrat, die gesprochenen Worte, also eine bereits produzierte Form der Äußerung des inneren Willens, so unterstellt auch der Briefträger ein schon vorhandenes, nämlich durch Schriftzeichen verkörpertes Mittel der Willenskundgebung lediglich der gedanklichen Rezeption des Empfängers, falliert aber dabei möglicherweise wie diese gerade in Bezug auf einen Nachtrag: wir können also auch hier nicht von einer unrichtigen Übermittlung im technischen Sinne des B.GB. § 120 sprechen so wenig wie im Falle der Entstellung einer mündlichen Erklärung durch die regelwidrige Funktionierung der Schallwellen.

[1]) d. i. bei Anwendung der schriftlichen Erklärungsform.

Durchaus analog ist aber die rechtliche Situation in dem Fall, daß durch Säumnis des Briefträgers in der Zustellung des von ihm zu transportierenden Schriftstücks dieses einen andern Sinn erhält, ohne daß die — durch die verspätete Zustellung bewirkte — Entstellung des Schriftstücks aus dessen Inhalt ersichtlich ist zufolge mangelnder Datierung desselben. Da nämlich der Zeitpunkt der Zustellung für den Inhalt einer Willenserklärung von maßgebender Bedeutung sein kann, kann durch Säumnis des Briefträgers in Ausführung seiner Transportfunktion der zuzustellende rechtsgeschäftliche Gedankeninhalt wesentlich alteriert werden. Gleichwohl liegt jedoch auch hier eine unrichtige Übermittlung im technischen Sinne nicht vor; denn wiederum ist es ein vom Willensproduzenten[1]) selbst herrührendes Erkärungssubstrat, welches der gedanklichen Rezeption des Empfängers unterstellt wird, und keine Erklärung des Briefträgers.

Wir leiten daher das Anfechtungsrecht des Prinzipals wieder nicht aus B.GB. § 120 ab, sondern daraus, daß der Willensurheber eine Erklärung des Inhalts, wie sie — infolge der verspäteten Zustellung — dem Adressaten tatsächlich zugegangen ist, nicht abgeben wollte (B.GB. § 119).

Gegen die von uns im Anschluß an Schliemann, Regelsberger u. a. verfochtene begriffliche Differenzierung von (Spruch-)[2]) Bote und Briefträger ist endlich eingewendet worden, daß ein derartiger Unterschied mit der Fassung des B.GB. § 120 unverträglich wäre, indem das Gesetz im § 120 ganz allgemein, ohne nähere Bezeichnung, von einer zur Übermittlung einer Willenserklärung verwendeten Person oder Anstalt spreche und damit zu erkennen gebe, daß es den Spruch- und den Briefboten begrifflich identifiziere.

Dagegen ist zu sagen: Das Gesetz spricht im § 120 allerdings ganz allgemein von einer zur Übermittlung verwendeten Person; aber nicht, indem es die begriffliche Tragweite der Übermittlung definieren will, sondern gerade indem es eine solche Definition vermeidet. Das

[1]) Der Einfachheit halber nehmen wir an, daß dieser mit dem Verfasser des Schriftstücks identisch ist oder daß er dessen Inhalt, etwa durch Einsichtnahme, approbiert und dadurch sich angeeignet hat.

[2]) Bezw. Schreib-Bote.

Schweigen des Gesetzes bedeutet also nicht, daß dieses die besagte Unterscheidung ablehne, es deutet vielmehr lediglich darauf hin, daß, wie auch die Motive Bd. I, S. 223 gelegentlich der Abgrenzung des Botenbegriffs nach oben, d. i. gegen den Stellvertreter bemerken, sich die Frage, wie weit der Begriff der Übermittlung reiche, zur Entscheidung durch das Gesetz nicht eigne. Der Umstand aber, daß die Sprache des Lebens auch den Träger eines Originalschriftstücks als Boten bezeichnet, erscheint uns als unmaßgeblich; denn die Sprache des vulgären Verkehrs deckt sich nicht mit der Terminologie des Rechts: sie ist teils enger, teils weiterreichend, wie in klassischer Weise das Beispiel des Kaufmannsbegriffs zeigt.

Auf der anderen Seite dagegen rechtfertigt, wie wir schon oben des Näheren ausführten, den von uns vertretenen Standpunkt jene Fiktion der Motive Bd. I, 203, welche die Grundlage des § 120 B.GB. bildet und die besagt, daß die Erklärung des Boten gegenüber dem Dritten als vom Urheber abgegeben zu gelten habe. Diese Fiktion hat nämlich nur da einen Sinn, bezw. ist nur da möglich, wo das der Kenntnisnahme des Adressaten unterstellte Erklärungssubstrat auch tatsächlich vom Übermittler herrührt; dies ist indes, wie wir im Vorhergehenden gezeigt haben, beim bloßen Transportwerkzeug (Brief-„Träger") nicht der Fall.

C. Abgrenzung des Boten nach oben, d. i. gegen den Stellvertreter

(Vertreter im Willen nach der Terminologie des B.GB.).

I. Die Botenqualität wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem Erklärungsmedium eine Willenswahl eingeräumt ist.

Die Motive lassen es dahingestellt, ob der Bote auch dann noch Bote bleibt, wenn ihm die Wahl zwischen mehreren Willenskundgebungen des Prinzipals überlassen oder wenn es ihm freigestellt ist, wohl auch die Erklärung zu unterlassen.

Wohl die Mehrzahl der Schriftsteller hält eine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren, vom Geschäftsherrn aufgestellten Alternativen als mit der Werkzeugnatur des Boten nicht vereinbar und Fromm

a. a. O. S. 39 sagt: Konsequenterweise sollten alle Schriftsteller, welche an dem prinzipiell aufgestellten Begriff des Boten als eines bloßen Übermittlungswerkzeugs festhalten, dem Boten keinerlei Spielraum zu eigener Willenstätigkeit gewähren.

Diese Ansicht kann indes nicht gebilligt werden, da sie auf einer Verkennung des Inhalts jener Werkzeugnatur beruht; denn nicht mehr und nichts anderes besagt diese, als daß dem Boten im Rahmen seiner Funktion die Betätigung eines selbständigen juristischen Willensentschlusses versagt ist. In keiner Weise dagegen widerstrebt es der Botenqualität, wenn ihm freigestellt ist, von mehreren Willenspotenzen des Prinzipals entweder nur die eine oder nur die andere (durch seine Erklärung) zu realisieren; denn hiezu bedarf es ja nicht eines juristischen Willensentschlusses des Boten, es genügt vielmehr ein rein tatsächliches Verhalten desselben, die Betätigung des rein natürlichen Willens und Wahlvermögens; dieses wird ja durch die Werkzeugnatur des Boten nicht ausgeschlossen; auch in ihrem Rahmen bleibt vielmehr der Bote nach wie vor Träger eines rein natürlichen Willens mit faktischer Wahlfähigkeit; m. a. W. er behält seine Menschenqualität trotz seiner Werkzeugnatur, er ist eben ein menschliches Werkzeug, also immerhin ein Werkzeug im vornehmsten Sinne des Wortes.

Zu solcher Entscheidungstätigkeit kann ich ja, wie Cosack a. a. O. S. 231 treffend bemerkt, auch meinen Pudel anrufen, etwa bei Auswahl einer Wurst, die ich für das Tier kaufe.

Die Entscheidung ist hier ja kein Rechtsgeschäft, sondern ein bloßer Realakt, an den sich immerhin rechtliche Wirkungen knüpfen. Das Wahlvermögen ferner ist keine Befugnis,[1]) kein Recht des Boten, sondern ein rein tatsächliches Können. Die von ihm getroffene Entscheidung unterliegt daher in keiner Weise der Anfechtung; es kommt insbesondere nicht darauf an, wie Schliemann[2]) meint, daß der (natürliche) Wille des Boten mit seiner Erklärung übereinstimmt; auch wenn ein Erklärungsirrtum, eine arglistige Täuschung oder eine widerrechtliche Drohung für die getroffene Wahl kausal

[1]) Wie Aßmann § 27, S. 62 anzunehmen scheint.
[2]) a. a. O. S. 22.

war, ist diese nicht anfechtbar[1]) und zwar weder seitens des Boten; denn dieser konnte einen juristischen Willen in seiner Eigenschaft als Bote gar nicht produzieren, ein bloß natürlicher Wille ist aber nicht anfechtbar; noch seitens des Prinzipals; denn dieser hat ja die Wahl dem Belieben, der Laune des Boten, die er nicht erraten kann, also etwas durchaus Unbestimmten, sozusagen dem Zufall anheimgestellt und damit zu erkennen gegeben, daß es ihm völlig gleichgültig sei, welche der von ihm gestellten Alternativen der Bote realisiere; er kann daher die von dem Boten getroffene Entscheidung nicht hinterher anfechten mit der Begründung, sie entspreche ja nicht dem Willen des Boten; denn wenn dies auch der Fall ist, seinem, d. i. des Prinzipals Willen entspricht die getroffene Wahl jedenfalls, wenn sie nur eine der von ihm vorgesehenen Alternativen zum Gegenstand hat. Trifft letzteres freilich nicht zu, d. h. bringt die Erklärung des Boten gegenüber dem Dritten nicht eine der urheberischen Willenspotenzen zum Ausdruck, dann liegt allerdings eventuell eine unrichtige Übermittlung vor, welche ein Anfechtungsrecht des Prinzipals nach B.GB. § 120 begründet.

Das Gesagte hat analoge Anwendung auf den Fall zu finden, wo es dem Mittler anheimgegeben ist, eine Erklärung zu übermitteln oder dies zu unterlassen, wo also eine der dem Boten anvertrauten Alternativen in der Unterlassung jeglicher Realisierungshandlung, mithin in völliger Ignorierung des Botenauftrags überhaupt besteht.

Wenn es nun gilt, ein Kriterium aufzustellen für die Entscheidung der Frage, wann Botenschaft und wann Stellvertretung vorliege, so kann der von uns zu ergreifende Standpunkt nicht mehr zweifelhaft sein: Nicht in der größeren oder geringeren Bestimmtheit des Auftrags ist dieses zu suchen, sondern darin, ob nach der — ausdrücklich kundgegebenen oder aus den Umständen sich

[1]) Sofern sie sich nur im Rahmen der vom Erzeuger des juristischen Willens gesteckten Alternativen hält; denn nur in seiner Eigenschaft als Realisierungshandlung einer schon (nämlich alternativ) vorhandenen Willenspotenz kommt dem Realakt des Boten (wie dem jenes Pudels) die rechtliche Wirksamkeit zu, die der Betätigung eines rein natürlichen Willens, d. i. der bloß faktischen (Ggz. juristischen oder rechtsgeschäftlichen) Tätigkeit prinzipiell fehlt.

ergebenden — Intention des Prinzipals die Entscheidung der von ihm offengelassenen Alternativen durch einen juristischen Willensentschluß oder durch ein nur tatsächliches, faktisches Wollen, bezw. Wählen der Mittelsperson betätigt werden soll; m. a. W. ob die Präzisierung der Unbestimmtheit des Auftrags dem billigen Ermessen oder (lediglich) dem Belieben, der Laune der Mittelsperson nach dem Willen des Geschäftsherrn anheimgestellt sein soll.[1]) Ist nämlich letzteres der Fall, d. h. ist es dem Prinzipal nur darum zu tun, daß überhaupt gewählt wird, und nicht auch darum, wie gewählt wird, d. h. daß richtig[2]) gewählt wird, so liegt bloße Botenschaft vor, weil der Geschäftsherr die Verantwortlichkeit der Mittelsperson in Ansehung der zu treffenden Willensentscheidung ausgeschlossen hat, die dem Stellvertreter charakteristisch ist.[3])

Abschließend formulieren wir also: Nicht darauf kommt es bei Entscheidung der Frage, ob Stellvertretung oder bloße Botenschaft vorliege, an, daß die Mittelsperson wählen soll, auch nicht, wie Leonhard a. a. O. S. 297 meint, was sie wählen soll, sondern einzig und allein darauf, wie sie wählen soll.

II. Insbesondere Unterschied des speziell bevollmächtigten Stellvertreters vom Boten.

Da aber, wie wir im vorangehenden Abschnitt festgestellt haben, das charakteristische Merkmal der Stellvertretung im eigentlichen Sinne die Verantwortlichkeit für den Geschäftsinhalt bildet, scheint eine Stellvertretung im juristisch-technischen Sinne da ausgeschlossen, wo der Inhalt des durch die Mittelsperson zu substantiierenden Rechtsgeschäfts bereits vom Geschäftsherrn genau bestimmt, erschöpfend

[1]) Diametral entgegengesetzt Maier a. a. O.

[2]) d. i. dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechend.

[3]) Da aber das Kennzeichen der wahren Vertretung die Verantwortlichkeit für den Geschäftsinhalt ist, muß jede Vollmacht, insbesondere Generalvollmacht als stillschweigend auf das billige Ermessen des Bevollmächtigten gestellt angesehen werden; denn eine Ermächtigung zu beliebiger Disposition im Namen des Ermächtigenden wäre mangels gewisser Schranken sittenwidrig, weil eine Hingabe der vermögensrechtlichen Persönlichkeit an fremde Willkür. Dazu vergl. Stammler im Handw. der Staatsw. Art. Recht Bd. VII, S. 45 und Art. Vertragsfreiheit, Bd. VIII, S. 342.

detailliert ist oder wo, wie das Gesetz im § 166 II B.GB. sich ausdrückt, die Mittelsperson nach bestimmten Weisungen des Vertretenen handelt, denn hier scheint, da die Mittelsperson in allen Punkten instruktionsgemäß zu verfahren hat, für ein selbständiges Gutbefinden derselben, d. i. für eine eigene juristische — nämlich durch ihr individuelles pflichtmäßiges Ermessen motivierte — Willensentscheidung kein Raum gelassen.

Doch das ist nur scheinbar; in Wahrheit steht eine spezielle Instruktion der Vertretereigenschaft nicht im Wege. Zwar hat Falkmann a. a. O. S. 27 nicht Recht, wenn er meint, daß selbst bei speziellem Mandat eine Unbestimmtheit des Inhalts des prinzipalischen Willens noch in irgend einem Punkte vorhanden sei, so daß also dem Vertreter immer noch Raum bleibe, eigene rechtsgeschäftliche Tätigkeit zu entwickeln“;[1]) denn wäre dies der Fall, dann könnte durch Boten der Abschluß eines Rechtsgeschäfts überhaupt nicht vermittelt werden, da diesen im Rahmen ihrer Funktion eine Präzisierungsmacht nicht gegeben ist.

Wenn vielmehr der Stellvertreter mit erschöpfender Vollmacht nicht aufhört, Stellvertreter zu sein, obwohl ihm hinsichtlich des Geschäftsinhalts keinerlei Ermessen eingeräumt ist, so muß das einen andern Grund haben und dieser Grund liegt darin, daß der Prinzipal, der zwar über das Wie eines Rechtsgeschäfts schon entschieden, z. B. Gegenstand und Preis des Kaufs schon bestimmt hat, nicht auch schon das Ob des betreffenden Rechtsgeschäfts beschlossen zu haben braucht, so daß also zwar nicht der Inhalt, wohl aber die Existenz des Rechtsgeschäfts dem Gutbefinden der Mittelsperson anheimgegeben, d. i. ihrer juristischen (Willens-) Entschließung unterstellt ist. Andernfalls freilich, d. h. wenn weder das Wie noch das Ob eines betreffenden Rechtsgeschäfts von dem (individuellen) billigen Ermessen der Mittelsperson, resp. von ihrem darauf basierenden juristischen Willensbeschluß abhängt, kann von Stellvertretung schlechterdings nicht die Rede sein, da die Mittelsperson nicht für einen Geschäftsinhalt verantwortlich gemacht

[1]) Entscheidung des OL.G. Dresden in Rechtspr. der OL.G., Bd. XIV, S. 16.

werden kann, den sie weder in seinen Einzelheiten bestimmt, noch auch in seiner Totalität, en bloc beschlossen hat.

Das zeichnet also den speziell instruierten Vertreter vor dem Boten aus, daß seinem rechtsgeschäftlichen Ermessen die Entscheidung darüber obliegt, ob kontrahiert wird, während der Bote lediglich Vollzugsorgan, Verwirklichungsmedium einer fremden, (vielleicht alternativen)[1]) Willenspotenz ist.

Wer aber über das Ob eines Rechtsgeschäfts durch einen juristischen Willensentschluß, d. i. nach billigem Ermessen zu entscheiden hat, kann dies nur, wenn er das Wie kennt; denn wer das Ob bejaht, bejaht damit das Wie, d. h. er beschließt den Inhalt des Rechtsgeschäfts und zwar mittels eines juristischen Willensentschlusses, nach billigem Ermessen. Das Bewußtsein des Spezialbevollmächtigten ist also juristische Kausalbestimmung des Rechtsgeschäfts: er schließt das Rechtsgeschäft nicht ab, weil ihn der Prinzipal beauftragt hat, also weil er es abschließen muß,[2]) sondern weil er es — auf Grund eigenen Gutbefindens — abschließen will, vom Prinzipal bevollmächtigt, zu wollen, wenn er es für gut finde.

Darum ist ein richtiges rechtsgeschäftliches Bewußtsein des speziell instruierten Vertreters von dem rechtlichen Vorgange, den er vermittelt, erforderlich und die Verantwortlichkeit für den Inhalt des durch ihn zur Existenz gebrachten Rechtsgeschäfts dem Spezialbevollmächtigten charakteristisch, während der bloße Bote, weil ein eigenes Gutbefinden nicht auszuüben, ein solches auch nicht zu vertreten hat hinsichtlich des durch seine Vermittlung substantiierten rechtsgeschäftlichen Gedankeninhalts.[3])

---

[1]) Vergl. den vorang. Abschn.

[2]) d. i. im juristischen, nicht im physikalischen Sinne.

[3]) Übrigens steht mit der Verantwortlichkeit des Spezialbevollmächtigten für den Geschäftsinhalt BGB. § 166. II nicht im Widerspruch, wonach sich der Vertretene in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen kann, wenn dieser nach seinen bestimmten Weisungen gehandelt hat (Spezialvollmacht). Die Relevanz des inneren Zustandes des Vertretenen beruht jedoch nicht darauf, daß der Vertretene beim Abschluß des Hauptgeschäftes selbst beteiligt wäre, sie ist vielmehr auf culpa in instruendo zurückzuführen; vergl. auch Vers.G. v. 30. V. 08 § 2 Abs. III.

Indem wir also dem Vertreter mit Spezialvollmacht die Verantwortlichkeit für den Geschäftsinhalt vindizierten, stellten wir ihn in bewußten Gegensatz zum Boten, dessen Auffassung von der wirtschaftlichen Bedeutung und Tragweite eines durch seine Vermittlung substantüerten Rechtsgeschäfts gleichgülig ist.

Mitteis a. a. O. S. 131 freilich behauptet, auch der Bote sei bewußter Mitschöpfer des Rechtsgeschäfts, insofern er eines will und eines tut: nämlich die Erklärung. Mitteis scheint indes zu übersehen, daß zur bloßen Übermittlung einer fremden Willenspotenz, d. i. zu einer Tätigkeit, die lediglich die Kundgabe eines vom Prinzipal geäußerten Willens an dessen Adressaten bezweckt, kein kausaljuristisches Bewußtsein, d. i. kein Verständnis vom wirtschaftlichen Werte des zu erklärenden rechtsgeschäftlichen Gedankeninhalts, sondern lediglich ein Bewußtsein vom logischen Sinn der Erklärung erforderlich ist.

Letzteres freilich setzt die spezifische Botentätigkeit mitunter voraus insbesondere in Fällen, wo der Bote zu stilisieren, d. i. die Worte, mit denen er den prinzipalischen Willen dem Adressaten gegenüber zum Ausdruck bringt, selbst zu wählen oder wo er, wie der Dolmetsch, die Willensäußerung des Prinzipals in fremder Sprache wiederzugeben hat.[1])

Aber der Umstand unterscheidet den Boten wesentlich vom Stellvertreter mit Spezialvollmacht, daß sein Bewußtsein nur ein Wissen, nicht ein Wollen des Inhalts beim Rechtsgeschäft ist; denn der Bote beschließt ja gar nicht den Inhalt des Rechtsgeschäfts und sein Bewußtsein ist nicht juristische Kausalbestimmung des Rechtsgeschäfts; er erklärt, weil ihn der Prinzipal beauftragt hat, also weil er — im juristischen Sinne — erklären muß; der Vertreter mit Spezialvollmacht dagegen erklärt, weil er — im juristischen Sinne — erkären will und auch erklären kann (oder darf), indem

[1]) All das liegt nämlich im Begriff des Erklärens, ist mithin spezifische Botentätigkeit, da ja der Aufwand von Intelligenz, der zu solcher Funktion erforderlich ist, nichts anderes bezweckt als das: dem Adressaten den prinzipalischen Willen klar zu machen, zu „erklären"; vergl. auch Gareis Com. zu § 120; Staudinger Com. zu BGB., Allg. Teil S. 613, 7./8. Auflage 1912.

er vom Prinzipal bevollmächtigt[1]) ist zu wollen und zu erklären, wenn er dies nach seinem (billigen) Ermessen für gut findet.

D. Die mündliche Übermittlung durch Boten ist im Sinne des B.GB. § 130 als Erklärung unter Anwesenden, im Sinne des B.GB. § 147 als Erklärung unter Abwesenden anzusehen. — Es gibt nur Boten zur Abgabe, nicht aber zum Empfang von Willenserklärungen.

Nach unseren bisherigen Ausführungen besteht darin die spezifische Funktion des Boten, daß er einen vom Prinzipal gewollten rechtsgeschäftlichen Gedankeninhalt auf Veranlassung des Prinzipals der gedanklichen Rezeption des Adressaten unterstellt. Um diesen Effekt herbeizuführen, kann er sich genau so wie derjenige, der eigenen juristischen Willen äußert, sowohl der mündlichen als auch der schriftlichen Kundgebungsform des Willens bedienen. Immerhin besteht zwischen beiden Erklärungsarten ein Unterschied, der insbesondere von Bedeutung ist für den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärung.

Während nämlich eine von Person zu Person gerichtete *mündliche* Erklärung *mit dem Moment ihrer Abgabe* gegenüber dem sie verstehenden Gegner *zugleich wirksam* wird, fallen bei der schriftlichen Erklärungsform Vollendung und Wirksamkeit auseinander, indem eine *schriftliche* Erklärung nicht mit ihrer Niederschrift, sondern *erst dann wirksam* wird, *wenn sie dem Adressaten zugeht* (B.GB. § 130).

Bezüglich der schriftlichen Erklärung durch Boten steht es nun fest, daß sie, gleich der schriftlichen Eigenerklärung des Prinzipals, eine Erklärung unter Abwesenden im Sinne des B.GB. § 130 ist, da sie gleich dieser zu ihrer Wirksamkeit des Zugehens an den Adressaten der Erklärung bedarf.

Aber auch von der *mündlichen* Botenerklärung wird behauptet, sie sei eine Erklärung unter Abwesenden im Sinne des

[1]) Ggz. beauftragt wie der Bote!

B.GB. § 130. Wäre nun diese Ansicht richtig, dann müßte auch die mündliche Botenerklärung des Zugehens im Sinne des § 130 fähig und bedürftig sein.

„Zugehen kann aber nur", wie Oertmann a. a. O. S. 721 ff. treffend ausführt, „etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel; es ist daher die durch Boten mündlich vermittelte Erklärung für einen Zugang von vornherein ungeeignet, nur vernehmungs-, nicht empfangsfähig."

Daraus folgt aber, daß § 130 B.GB. auf mündliche Botenerklärungen ebensowenig anwendbar ist wie auf eine mündliche Eigenerklärung des Prinzipals, da hier wie dort für den Begriff des Zugehens kein Platz ist, indem sowohl die mündliche Erklärung des Boten wie die mündliche Eigenerklärung des Prinzipals die für die Anwendung des § 130 charakteristische (und der schriftlichen Erklärung eigentümliche) Trennung in Vollendung und Wirksamkeit nicht verträgt.

Somit ist die mündliche Botenerklärung eine Erklärung unter Anwesenden im Sinne des § 130 B.GB., während schriftliche Erklärungen durch Boten — gleich der schriftlichen Eigenerklärung des Prinzipals — Abwesenheitserklärungen sind.

Gleichwohl stimmen wir mit Staub überein, der a. a. O. S. 1140 sagt: „Die Vermittlung eines Antrags durch Boten reicht dazu nicht aus, um die Anwendbarkeit des Abs. I (des § 147 B.GB.) zu begründen, selbst wenn es sich um Bewohner derselben Stadt oder gar desselben Hauses handelt; vielmehr liegt in solchem Falle ein Verhandeln unter Abwesenden vor."

Denn damit, daß wir die mündliche Botenerklärung eine Erklärung unter Anwesenden im Sinne des § 130 B.GB. nennen, ist ja nicht mehr gesagt, als daß sie eines Zugehens an den Adressaten zu ihrer Wirksamkeit weder bedürftig noch fähig ist, nicht aber zugleich das, daß sich der Adressat der mündlichen Botenerklärung auch sofort erklären müsse, daß also die mündliche Erklärung des Boten auch im Sinne des § 147 B.GB. eine Anwesenheitserklärung ist.

Wäre nämlich das letztere der Fall, d. h. wäre der Empfänger eines durch Boten mündlich vermittelten Antrags verpflichtet, sofort, d. i. dem Boten gegenüber zu antworten, dann müßte auf der andern Seite der Bote seinerseits verpflichtet sein, die Antwort bezw. das Akzept des Oblaten entgegenzunehmen, d. h. sich vom Oblaten als Retourbote benützen zu lassen; eine solche Verpflichtung besteht aber für den Boten des Offerenten als solchen in keiner Weise; sie könnte allerdings im konkreten Fall dadurch begründet sein, daß der Offerent seinen Boten beauftragt hat, auf Antwort zu warten, und dieser zugestimmt hat; liegt dieser Fall jedoch nicht vor, so besteht eine Pflicht des Boten zur Übermittlung der Antworterklärung des Oblaten, wie gesagt, nicht, da einen Botenauftrag nur anzunehmen braucht, wer will.

Es entsteht nun aber die Frage, ob in einem solchen Fall, wo der Prinzipal den Boten, der die Offerte überbringt, beauftragt hat, die Antwortserklärung des Oblaten entgegenzunehmen, dieser zugleich Bote des Offerenten auch in Bezug auf die Antwort ist oder ob nicht vielmehr der Antwort- oder Retourbote als Bote des (antwortenden) Oblaten anzusehen sei.

Wir stimmen mit Hellwig überein, der a. a. O. S. 357 den Standpunkt vertritt, nur der Erklärende, als solcher, könne sich eines Boten bedienen, niemals der eine Erklärung in Empfang Nehmende; der Bote sei nur Werkzeug zur Übermittlung, niemals zum Empfang von Willenserklärungen.[1])

Diese Auffassung entspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes (B.GB. § 120) und führt in der Praxis zu den brauchbarsten Resultaten. Cosack, Lehrbuch I, S. 226, bildet ein Beispiel, in dem A dem B zwei Ochsen zum Kauf anbietet und zwar durch seinen Knecht, der gleich auf Antwort warten soll. B antwortet, daß er ablehne, der Knecht bestellt aber Annahme.

Wäre hier der Knecht Bote des A auch in Bezug auf die Antwort, dann wäre die falsche Mitteilung des Knechtes für B belanglos; denn da der Knecht Werkzeug des A, nicht des B ist, kann B mit der falschen Übermittlung nicht in Verbindung gebracht

[1]) Ebenso Rosenberg a. a. O. S. 202.

werden, wie Cosack richtig bemerkt. Aber auch auf A fände B.GB. § 120 keine Anwendung; denn die Antworterklärung des Boten war ja gar nicht seine Erklärung, sondern die des Oblaten, sie steht nicht mit seinem Willen im Widerspruch, sondern mit dem des Oblaten. Es müßte also die ganze Äußerung nichtig sein, wie insbesondere Cosack und Falkmann a. a. O. S. 37 folgern.

Mit Recht betont Aßmann a. a. O. S. 69, daß diese Entscheidung, die statt Anfechtung Nichtigkeit eintreten läßt, nicht befriedigen kann; sie wird aber auch durch die tatsächliche Sachlage in keiner Weise gerechtfertigt. Denn einmal schließt der Umstand, daß der Offerent den Boten beauftragt, auf Antwort zu warten, nicht aus, daß derselbe in Bezug auf die Antwort nunmehr Bote des Oblaten ist, ebensowenig, wie er zu dem Hellwigschen Schlusse zwingt, daß der Bote in solchem Falle Bevollmächtigtenstellung für den Empfang der Antwort habe. Vielmehr kann der Auftrag des Offerenten, der Bote solle auf Antwort warten, auch lediglich die Bedeutung haben, daß dieser verpflichtet sein solle, sich vom Oblaten als Retourboten benützen zu lassen, d. h. einen eventuellen Botenauftrag des Oblaten auf Übermittlung seiner Antwortserklärung anzunehmen, wozu der Bote des Offerenten ja an sich nicht verpflichtet ist.[1])

Ist aber auch der Bote möglicherweise in dieser Art gebunden, einen eventuellen Botenauftrag des Oblaten anzunehmen, so ist doch letzterer damit keineswegs verpflichtet, ihm einen solchen zu geben, er ist vielmehr berechtigt, zumal wenn ihm der Bote des Offerenten unzuverlässig scheint, nach seinem Belieben eine andere Person mit der Übermittlung seiner Antworterklärung zu betrauen (oder auch dieselbe in Person zu überbringen). Daraus erhellt aber, daß der Auftrag des Offerenten, der Bote solle auf Antwort

[1]) Beisp.: A schickt seinen 6jährigen Sohn mit einer Offerte zu B mit dem Bemerken, er solle auf Antwort warten. Hier will A mit dem Auftrag an den Jungen, zu warten, nichts anderes bezwecken, als daß der Junge nach Ausrichtung seiner Botschaft an B nicht sofort Reißaus nehme, sondern sich von B zur Rückübermittlung benützen lasse; insbesondere, wenn dem B andere, gleichartige Hilfskräfte nicht zur Verfügung stehen.

warten, nicht imstande ist, diesem Botenqualität auch in Bezug auf die Antworterklärung zu vindizieren: Vielmehr hängt es in letzter Linie stets vom Oblaten ab, ob er den ihm vom Offerenten gemachten Vorschlag, den offerierenden Boten als Antwortboten zu benützen, tatsächlich annimmt, d. i. ob er ihm seinerseits einen Auftrag zur Übermittlung seiner (Antwort-) Erklärung erteilt.[1])

Tut er es aber im konkreten Fall, dann ist die Mittelsperson in Bezug auf die Antwort sein, des Oblaten Bote, weil von ihm der Übermittlungsauftrag ausgeht, indem ja sein Wille für denselben konstitutiv, weil in letzter Linie entscheidend ist.

An diesem Ergebnis kann auch durch den Umstand nichts geändert werden, daß der Offerent es war, der dem Oblaten den von ihm zur Offerte benützten Boten zur Übermittlung seiner Antworterklärung vorgeschlagen und zur Annahme des Botenauftrags des Oblaten verpflichtet hat; denn dadurch macht er sich höchstens nach B.GB. § 254 verantwortlich: die Gefahr der Entstellung der Botschaft trägt dagegen derjenige, der den Vorschlag angenommen, d. i. den Boten des Offerenten tatsächlich zur Übermittlung seiner (antwortenden) Willenserklärung verwendet hat; denn dazu war er ja, wie gesagt, nicht verpflichtet; er tat es vielmehr, weil er mit dem Vorschlag des Offerenten einverstanden war, d. i. auf Grund eines eigenen Willensentschlusses[2]).

[1]) Vergl. Aßmann a. a. O. S. 70.

[2]) Dies verkennt insbes. auch Titze a. a. O. S. 289 ff.

II. Abschnitt.

Die unrichtige Übermittlung

(nach B.GB. § 120.)

Wir sind im vorigen Abschnitt zu dem Ergebnis gelangt, daß Botenqualität und damit eine Übermittlung im technischen Sinne dann gegeben sei, wenn das Erklärungssubstrat, welches einen rechtsgeschäftlichen Willen der gedanklichen Rezeption des Adressaten unterstellt, nicht vom Urheber des Willens, sondern von einer anderen in seinem Dienste tätigen Person herrührt. Wie aber schon die dem Willensurheber angeborenen Willenskundgebungsorgane in ihrer Funktion fallieren können, indem sie einen andern als den vom Urheber gewollten Willen zum Ausdruck bringen, weil dieser bei der Abgabe der Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, so kann solcher Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung sich um so viel mehr dann ergeben, wenn das Erklärungsorgan außerhalb der Person des Willensproduzenten steht.

Wie schützt das Gesetz in solchen Lagen den Erklärungsempfänger? Er erscheint uns doch mindestens dann schutzwürdig, wenn er auf die Wirksamkeit der durch den Boten übermittelten Willenserklärung redlich und verständig vertrauen darf; auf der andern Seite aber steht das Interesse des Willensurhebers, das ebenfalls billige Rücksicht erheischt.

Daß dieser dann an die Erklärung des Boten gebunden ist und sie als seine eigene gelten lassen muß, wenn sie seinem wahren Willen den adaequaten Ausdruck verleiht, scheint uns nichts Besonderes zu sein; was soll aber in dem Fall Rechtens sein, wenn das

Erklärungsmedium den Willen des Prinzipals nicht so, wie er von diesem selbst unmittelbar abgegeben wurde, z. B. nicht dem gewollten Adressaten übermittelt? Soll hier der Prinzipal an einer Erklärung festgehalten werden, die seinem Willen nicht entspricht, deswegen, weil sie sein Bote als von ihm gewollt bezeichnet?

Das Gesetz bejaht diese Frage im § 120 B.GB. für den Fall einer „unrichtigen Übermittlung", indem es bestimmt, daß eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, anfechtbar sei[1]); denn diese Anfechtungsmöglichkeit hat zur notwendigen Voraussetzung, daß eine gültige Erklärung überhaupt vorliegt[2]).

Wie wir schon oben S. 29 ff. des näheren ausgeführt haben, ist diese Bestimmung des Gesetzes das Produkt einer gerechten Abwägung der kollidierenden Interessen von Absender und Adressaten; aber sie ist nicht eben umfassend und wenig präzis, sie schließt nicht jeden Zweifel aus; denn was ist unrichtige Übermittlung oder m. a. W. inwieweit soll die gesetzliche Regelung des § 120 Platz greifen?

Indem wir in die Erörterung des hier in Frage Stehenden eintreten, möchten wir in auslegungstechnischer Hinsicht vorausschicken, daß wir nicht mit Dernburg der Meinung sind, die Bestimmung des B.GB. § 120 müsse aus ihren historischen Antezedentien heraus verstanden werden; uns scheint vielmehr, was auch Sperber a. a. O. S. 54 hervorhebt, die primäre und zunächst ausschließliche Interpretationsquelle einer Gesetzesbestimmung deren Text zu sein, so wie er uns im Rahmen der lex scripta entgegentritt; dieser ist durch Feststellung der Bedeutung der Worte an sich und in ihrem Zusammenhang nach den Regeln des allgemeinen und des juristischen Sprachgebrauches zu ermitteln (Salkowski, Inst. S. 11) und erst, wo diese Operation zu einem klaren und bestimmten Ergebnis nicht führen sollte, sind die historischen Vorläufer einer betr. Gesetzesstelle in Betracht zu ziehen, damit sie den Ausschlag nach der einen oder andern Richtung geben und so das Gleichgewicht der sich widerstreitenden Meinungen zerstören.

---

[1]) Und zwar unter der gleichen Voraussetzung wie eine nach § 119 irrtümlich abgegebene.

[2]) Vergl. auch Falkmann a. a. O. S. 29.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus haben wir nun die Bestimmung des B.GB. § 120 zu interpretieren; sie lautet:

Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie eine nach § 119 irrtümlich abgegebene Willenserklärung.

Aus dem Wortlaut des B.GB. § 120 ergibt sich zunächst ein doppeltes: einmal, daß ein rechtsgeschäftlicher[1]) Wille nicht bloß durch eine Eigenerklärung des Willensurhebers rechtliche Wirksamkeit für und gegen denselben erlangen kann, sondern auch durch die Erklärung einer andern Person, wenn sie von ihm zur Übermittlung der Willenserklärung verwendet, d. h. mit der Kundgabe des Gewollten an den Adressaten des Willens beauftragt wird. Dann aber, daß der Willensurheber die Erklärung des von ihm beauftragten Erklärungsmediums nicht nur für den Fall gegen sich gelten lassen muß, daß dieses genau den ihm vom Urheber mitgeteilten Willen übermittelt, sondern auch für den Fall, daß es denselben nicht so, wie er ihm aufgetragen ist, wiedergibt.

Bestritten ist jedoch, ob der Wille des übermittelnden Subjekts in analoger Weise auf Übermittlung (des richtigen Willens) gerichtet sein muß, wie nach § 119 der Wille des Eigenerklärenden auf die Erklärung (des wirklichen Willens),[2]) damit eine unrichtige Übermittlung im Sinne des § 120 gegeben ist, d. h. damit die (physische) Erklärung des Boten als vom Urheber abgegeben gilt, also für und gegen diesen rechtlich wirksam wird; m. a. W. hat die Zurechnung der vom Boten abgegebenen Erklärung an den Mandanten auch dann stattzufinden, wenn der Wille des vom Willensurheber zur Übermittlung bestimmten Subjektes bei der Abgabe der Erklärung gar nicht auf Übermittlung, d. h. auf Erklärung des mandantischen Willens an dessen Adressaten ging, wenn vielmehr das beauftragte Erklärungsmedium den erhaltenen Botenauftrag nur zum Anlaß nahm, um doloserweise eine andere als die ihm aufgetragene Er-

[1]) Wie schon oben ausgeführt wurde, kommt in unserm Zusammenhang nur ein sogen. empfangsbedürftiger Wille in Betracht!

[2]) Vergl. die Mentalreservation; B.GB. § 116.

klärung einem Dritten als von seinem Mandanten gewollt zu bezeichnen?

Wir stimmen mit Oertmann a. a. O. S. 372 überein, welcher sagt: „Der Erklärungsherr haftet nur für den Erklärungsvermittler. Wo aber dieser bewußt einen ihm nicht aufgetragenen Erklärungsinhalt überbringt, da geht er über die Funktion als bloßer Mittler hinaus, hört damit ohne weiteres auf Erklärungswerkzeug zu sein und wird zum Träger einer eigenen, allerdings (vollmachtlos) in fremdem Namen abgegebenen Erklärung."

Hier den Prinzipal verantwortlich zu machen, läge kein billiger Grund vor. Treffend sagt Sperber a. a. O. S. 56: Ist etwa, wer sich eines Boten bedient, in einer anderen Lage als wer sich eines Vertreters bedient? Und hier verweist das Gesetz den Dritten stets an den Vertreter bei Böswilligkeit (wie bei irrtümlicher Überschreitung der Vollmacht); hier haftet der Vertretene überhaupt nie.

Es ist keineswegs richtig, wenn behauptet wird, der entscheidende Gesichtspunkt liege darin, daß der Absender den Impuls gegeben habe.[1]) (Und es erfolge, auch wenn der Bote die Willenserklärung absichtlich entstelle, die Erklärung auf den Impuls des Absenders.)

Läßt man nämlich den Impuls ausschlaggebend sein, dann muß der Absender eines Boten konsequenterweise auch dann haftbar gemacht werden, wenn einem Nichtbeauftragten der an einen anderen gerichtete Botenauftrag zum Impuls wird, als falsus nuntius jenes Prinzipals aufzutreten; denn die dolose Entstellung des verus nuntius verhält sich zur aufgetragenen Erklärung genau so wie die dolose Erklärung des falsus nuntius, auch für sie ist jene höchstens Motiv oder Veranlassung.

Unser Standpunkt ist also der:

Lediglich im Rahmen einer Tätigkeit, die auf Erklärung des aufgetragenen Willens abzielt, hat das beauftragte Erklärungsmedium kraft des erhaltenen Botenauftrags die Fähigkeit, mit Wirkung gegen den Prinzipal zu handeln; nicht aber legitimiert den Boten der erhaltene Auftrag dazu, eine beliebige Willens-

[1]) So Fromm a. a. O. S. 93 im Anschluß an Dolinski a. a. O. S. 163!

erklärung mit der Wirkung abzugeben, daß sein Mandant mit der Intensität des sogen. negativen Interesses (B.GB. § 22) an sie gebunden ist. Wäre dies nämlich der Fall, so wäre ja nicht der Bote das Werkzeug seines Mandanten, vielmehr dieser das Werkzeug und der Spielball des Boten.

Im Anschluß an die eben erörterte ist nunmehr die weitere Frage zu erledigen, ob jede vom beauftragten Erklärungsmedium in Übermittlungsabsicht abgegebene Erklärung als vom Willensurheber abgegeben zu gelten hat ohne Rücksicht auf das Maß der Abweichung der tatsächlich abgegebenen Erklärung von der aufgetragenen; oder m. a. W. ist die Anwendung des B.GB. § 120 nicht lediglich an subjektive Momente in der Person des übermittelnden Organs geknüpft, sondern ist sie auch auf das objektive Verhältnis zwischen dem, was übermittelt wurde, und dem, was übermittelt werden sollte, abzustellen?

Unrichtig ist ja zunächst jede Übermittlung, die nicht richtig ist, die also nicht genau dem entspricht, was übermittelt werden sollte.[1]) Gleichwohl wird lebhaft darüber diskutiert, ob der Prinzipal die Übermittlungstätigkeit des von ihm beauftragten Boten auch dann gegen sich gelten lassen muß, wenn dieser die ihm aufgetragene Erklärung — im Rahmen des Übermittlungsbewußtseins — nicht bloß verstümmelt oder verdirbt,[2]) sondern von Grund aus verändert oder, wie sich Planck zu § 120 ausdrückt, eine Erklärung „ganz anderer Art" abgibt.

Mehrere Schriftsteller halten hier eine Anfechtung seitens des Herrn für überflüssig; denn — argumentiert Falkmann a. a. O. S. 53 — „der Unterschied ist in solchen Fällen so eklatant, daß nicht mehr die Willenserklärung des Prinzipals, sondern eine ganz andere Erklärung als abgegeben anzusehen ist".

Ein Kriterium dafür aber, ob eine falsch übermittelte Willenserklärung des Herrn oder selbständige Erklärung des Boten vorliegt, suchen wir vergebens.

Falkmann a. a. O. S. 53 nennt uns die Verkehrssitte, nach der im einzelnen Fall entschieden werden müsse.

---

[1]) Vergl. Oertmann a. a. O. S. 372!

[2]) Dieser Ausdruck bei Cosack, Lehrb. I.

Aber diese Lösung kann uns nicht befriedigen; denn, müssen wir fragen, liegt nicht auch nach der Verkehrssitte in dem viel zitierten Fall wo „kaufen“ in „verkaufen“ entstellt ist, eine „ganz andere“, dem Auftraggeber durchaus fremde Erklärung vor? Und doch ist hier nach einstimmiger Ansicht eine unrichtige Übermittlung im Sinne des B.GB. § 120 in typischer Weise gegeben.

Indes abgesehen davon, daß der genannte Unterschied praktisch undurchführbar ist, ist er auch im Gesetze in keiner Weise begründet; denn nicht nur, daß die Analogie des B.GB. § 119 der besagten Unterscheidung entgegensteht, indem hinsichtlich der vom Willen diskrepierenden Eigenerklärung des Willensurhebers in keiner Weise auf die Art oder Größe der Abweichung von Wille und Erklärung abgestellt wird,[1]) ergeben sich auch aus der Fassung des B.GB. § 120 selbst keinerlei Anhaltspunkte, die jene Unterscheidung einer bloß beschädigten, verderbten und einer völlig neuen, selbständigen Erklärung des Übermittlungsorgans rechtfertigen würden; zudem greifen, wie Oertmann a. a. O. S. 372 richtig bemerkt, die rechtspolitischen Gründe in beiden Fällen in völlig gleicher Weise durch.

Erscheint uns indes der Text des B.GB. § 120 auch nicht geeignet, jene Unterscheidung zu stützen, so ist er immerhin dazu angetan, sie (subjektiv) zu veranlassen; wir halten daher eine eingehendere Betrachtung des Wortlautes für angemessen.

B.GB. § 120 spricht von „unrichtiger Übermittlung“ einer Willenserklärung und gibt durch diese nicht gerade glückliche Ausdrucksweise allerdings einer Auffassung gewissen Raum, nach welcher der Tatbestand des B.GB. § 120 nur dann gegeben ist, wenn der Bote keine andere als die ihm aufgetragene Willenserklärung übermittelt, diese freilich mangelhaft oder, wie sich Sperber a. a. O. S. 56 ausdrückt, in beschädigtem Zustande.

So naheliegend indes diese Auffassung infolge des Sprachgebrauches des B.GB. § 120 ist, sie ist zweifellos irrig; denn es ist schlechterdings unmöglich, eine Willenserklärung bezw. den durch

[1]) Obwohl sich eine solche Differenz bei der Eigenerklärug des Willensproduzenten in demselben Maße ergeben kann wie beim Gebrauch eines Erklärungsmediums (Boten).

sie verkörperten irrealen Gedankeninhalt in derselben Weise zu beschädigen wie eine res corporalis, ohne damit ihre Identität und Wesenheit aufzuheben; ist doch eine Willenserklärung nicht gleich einer res corporalis eine Summe verbundener Teile, sondern eine begriffliche Einheit, ἓν καὶ πᾶν, unteilbar, unzertrennlich gleich dem ihr zugrunde liegenden Willensentschluß und es ist daher ein Ding der Unmöglichkeit, eine Willenserklärung in mangelhaftem Zustande zu überbringen, wie z. B. ein Pferd, eine Statue u. dergl., da zufolge ihrer absoluten Einheitlichkeit und Geschlossenheit jeder Mangel, die geringste Variation das Ganze ergreift und alteriert, d. h. der Willenserklärung in ihrer Totalität einen anderen Charakter, eine andere Richtung gibt.

Jede unrichtige Übermittlung im Sinne des B.GB. § 120 ist somit eine Nichtübermittlung des Richtigen.

Von hier aus ergibt sich von selbst die Antwort auf die vielumstrittene Frage, ob auch der Fall der unrichtigen Übermittlung des B.GB. § 120 zu subsumieren sei, wo die empfangsbedürftige Willenserklärung an eine Person bestellt wird, an welche sie nicht gerichtet ist; wofern nur die subjektiven Voraussetzungen in der Person des Übermittlungsorgans gegeben sind, d. h. die an den falschen Adressaten abgegebene Willenserklärung vom beauftragten Erklärungsmedium mit dem Übermittlungsbewußtsein abgegeben wurde, ist die Frage unbedenklich zu bejahen; denn darin liegt ein juristisch bedeutsamer Unterschied nicht, daß im einen Falle der Adressierungswille, im anderen Falle der übrige Willensinhalt es ist, welcher nicht oder, wie das Gesetz sagt, unrichtig übermittelt wird.

Biermann hat die entgegengesetzte Ansicht; er sagt a. a. O. S. 244, die Fälle gehören nicht unter B.GB. § 120, in denen — durch Versehen des Boten — eine empfangsbedürftige Erklärung an eine Person bestellt wird, an welche sie nicht gerichtet war. Hier bedürfe es keiner Anfechtung. „Da die Willenserklärung zugleich richtungs- und empfangsbedürftig ist, so wird sie weder gegenüber dem Empfänger, an den sie nicht gerichtet ist, noch gegenüber dem Empfangsberechtigten, dem sie nicht zugegangen ist, wirksam."

Diese Begründung ist nicht stichhaltig, insbesondere aber scheint Biermann zu übersehen, daß den angezogenen Regeln zufolge — ohne die positive Vorschrift des B.GB. § 120 — auch in den typischen Fällen eine Rechtswirkung nicht zustande kommen könnte, daß also, wenn seine Argumentation zutreffend wäre, B.GB. § 120 überhaupt illusorisch wäre.

Die Beweisführung geschehe an Hand zweier konkreter Beispiele, deren eines (Fall I) typisch unter die Regel des B.GB. § 120 fällt:

1. Ein Bote überbringt dem Adressaten A statt eines Verkaufswillens V einen Kaufswillen K;

2. ein Bote überbringt den Verkaufswillen V anstatt dem A dem B; beidesmal versehentlich.

Dem Fall II nun spricht die gegnerische Meinung den Charakter einer unrichtigen Übermittlung im Sinne des B.GB. § 120 ab mit der Motivierung, in der Nichtüberbringung des V an A könne mit Rücksicht auf die Richtungs- und Empfangsbedürftigkeit des Willens V[1]) eine Übermittlung schlechterdings nicht erblickt werden, also auch keine unrichtige im Sinne des B.GB. § 120.

Aber, müssen wir da sagen, der Richtungs- und Empfangsbedürftigkeit des Willens V ist doch nicht mehr genügt im Fall I, wo der Bote zwar an A übermittelt, aber nicht den Willen V, sondern K; denn K, d. i. ein Wille zu kaufen, war ja an A ebensowenig gerichtet wie an B ein Wille zu verkaufen (V).

Daher spielt im Fall I A als Empfänger des K dieselbe Rolle wie im Fall II B als Empfänger des V, d. h. er wird vermöge des Irrtums des Übermittlungsorgans der Adressat eines Willens, der nicht an ihn gerichtet ist.[2])

Demgemäß käme den von Biermann angezogenen allgemeinen Regeln zufolge auch im Fall I ein gültiges Rechtsgeschäft überhaupt

---

[1]) cf. Biermann a. a. O. S. 244.

[2]) Unzutreffend wäre der Einwand, A sei wenigstens der Adressat eines vorhandenen Willens, B eines überhaupt nicht vorhandenen Willens; denn der Wille K A (Fall I) ist ebensowenig vorhanden, d. i. dem Prinzipal ebenso fremd wie der Wille V B (Fall II); die rechtliche Situation ist vielmehr in beiden Fällen eine durchaus analoge.

nicht zur Entstehung ohne die positive Vorschrift des § 120, welche — zum Schutze des gutgläubigen Erklärungsempfängers — der oben qualifizierten Übermittlungstätigkeit rechtliche Wirksamkeit gegen den Willensurheber und Absender des Boten erst verschafft, um demselben zugleich ein Anfechtungsrecht als Gegenwehr in die Hand zu geben: wie wir schon oben S. 15 f. gesehen haben, entspricht diese Regelung nur einer gerechten Abwägung der beiderseitigen Interessen von Absender und Adressaten; diese sind aber im Fall II nicht anders gelagert wie im Fall I: die rechtspolitischen Gründe greifen auch hier in beiden Fällen in völlig gleicher Weise durch.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich also:

Gemäß dem ihm zugrundeliegenden einheitlichen Willensentschluß bildet ein rechtsgeschäftlicher Wille, z. B. V A (d. i. ein Verkaufswille gerichtet an den A) ein derart uniertes Ganzes, daß die Nichtübermittlung des V sowohl (Fall I) als auch die Nichtübermittlung des A (Fall II) die Übermittlungstätigkeit im ganzen als eine Nichtübermittlung erscheinen läßt, indem infolge der Bedingtheit und gegenseitigen Abhängigkeit des V und des A der Mangel im einen Teile stets das Ganze ergreift und verändert.

Es kann also nicht gesagt werden, daß im Fall I (Übermittlung des **K** an A) wenigstens die Adressierung getroffen sei, während im Fall II (Übermittlung des V an **B**) überhaupt keine Beziehung mit dem richtigen Adressaten A hergestellt sei; denn darum handelte es sich ja gar nicht, überhaupt eine rechtsgeschäftliche Beziehung des Prinzipals mit dem A, sondern eine Beziehung eben nur hinsichtlich des V, also V A (als Einheit) herzustellen.

Diese Beziehung V A ist aber bei Übermittlung des K an A (Fall I) ebensowenig hergestellt, wie bei Übermittlung des V an B (Fall II), es müßte denn bestritten werden, daß die richtige Adressierung an A ebenso inhaltsbedürftig, d. i. des richtigen Inhalts V bedürftig[1]) erscheint als der richtige Inhalt V adressierungsbedürftig, d. h. der richtigen Adressierung an A bedürftig[2]) ist, wenn anders die Übermittlung als eine richtige (Ggz. die unrichtige Übermittlung im Sinne des B.GB. § 120) bezeichnet

[1]) Gegen Biermann a. a. O. S. 244.

[2]) Dies hebt Biermann a. a. O. einseitig hervor.

werden soll, was doch nur dann möglich ist, wenn eben **VA** übermittelt ist.

Stellt aber dem Gesagten zufolge weder KA (Fig. I) noch VB (Fig. II) weder eine mangelhafte noch eine partielle Reproduktion des VA dar, so folgt daraus, daß es einerseits nicht erforderlich, anderseits (für sich allein) nicht ausreichend sein kann für den Tatbestand des B.GB. § 120, daß die „unrichtige Übermittlung" des Willens VA gerade in der Übermittlung des KA (Fall I) oder des VB (Fall II) besteht. Da vielmehr sowohl KA als auch VB in vollem Umfang von VA nach dem oben Gesagten verschieden ist, kann der Zusammenhang zwischen dem tatsächlich Übermittelten und dem, was übermittelt werden sollte, in unserem Beispiel also der Zusammenhang zwischen dem KA bezw. VB und dem VA, auf Grund dessen das KA bezw. das VB als unrichtige Übermittlung des VA im Sinne des B.GB. § 120 gelten soll, kein objektiver, sondern lediglich ein subjektiver, nämlich auf die Person des übermittelnden Subjekts zurückgehender sein.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus haben wir nunmehr das Kriterium für die Anwendung des B.GB. § 120 zu formulieren: es lautet: Nicht darauf ist abzustellen, ob in dem tatsächlich Übermittelten das, was übermittelt werden sollte, mehr oder weniger erkennbar ist, sondern einzig und allein darauf, ob das tatsächlich Übermittelte vom übermittelnden Subjekt an Stelle, d. i. als unbewußter Ersatz dessen abgegeben wurde, was abgegeben werden sollte.

Danach kann im vorbezeichneten Beispiel eine unrichtige Übermittlung im Sinne des B.GB. § 120 auch in einer Übermittlungstätigkeit liegen, die als KB bezeichnet werden muß, d. i. Übermittlung eines Kaufswillens an B statt eines Verkaufswillens an A. Es gilt eben nur den Beweis zu führen, daß das KB um des VA willen, d. i. mit dem Willen und in dem Bewußtsein, VA zu übermitteln, vom beauftragten Erklärungsmedium abgegeben wurde. Dieser Beweis ist vielleicht schwerer zu erbringen wie in den Fällen I und II, aber dies ist auch der einzige Unterschied des Falles III von den beiden erstgenannten.

Verzeichnis der benützten Werke.

1. Aßmann, Rechtsstellung des Boten, Berlin 1906.
2. Biermann, Bürgerliches Recht, allgem. Lehren.
3. Cosack, Bürgerl. Recht. I. 5. Aufl.
4. Dolinski, Haftung des Kontrahenten. Lemberg 1893.
5. Düringer-Hachenburg, Bürgerl. Recht.
6. Falkmann, Rechtsstellung des Boten. Erlanger Dissertation 1908.
7. Fromm, Bote, Erlanger Dissertation 1908.
8. Gareis, Kommentar zum B.GB., Allg. Teil.
9. Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften 1882.
10. Hellwig, Jur. Wochenschrift, 1902, S. 356 ff.
11. Hoelder, Archiv für zivile Praxis, Bd. 73. 1888/89.
12. Hoelder, Pandekten.
13. Hupka, Die Vollmacht. 1900.
14. Jhering, Geist des römischen Rechts.
15. Jhering, in den Jahrbüchern für Dogmatik 1857, 1861.
16. Laband, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. X, S. 183 ff.
17. Lenel, Jahrbuch für Dogmatik. Bd. XXXVI. 1896.
18. Leonhard, Der allg. Teil des Bürgerl. Gesetzbuches.
19. Maier, Der Bote, Göttinger Dissertation 1897.
20. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung im römischen Recht. 1885.
21. Motive zum B.GB.
22. Oertmann, Kom. z. allg. Teil.
23. Oertmann, im Recht 06. S. 727 fg.
24. Planck, Kom. Allg. Teil.
25. Regelsberger, Pand. § 160 u. in Endemanns Handb. des Handelsrechts II. S. 397.
26. Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.
27. Schliemann, Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 16.
28. Sperber, Jenaer Dissertation 1910.
29. Staub, Kom. zum H.GB.
30. Titze, Die Lehre vom Mißverständnis. 1910.
31. Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. 1876.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitendes . . . . . 3—11

I. Abschnitt:

Der Begriff des Boten nach modernem Recht.

A. Bote im juristisch-technischen Sinne des modernen Rechts ist nur der erklärungserzeugende Spruch- oder Schreibbote, das sogen. Reproduzierungsorgan . . . . . 11—18

B. Abgrenzung des Boten nach unten durch Eliminierung des Briefträgers vom juristisch-technischen Begriff des Boten 19—29

C. Abgrenzung des Boten nach oben, d. i. gegen den Stellvertreter (Vertreter im Willen nach der Terminologie des B.GB.) . . . . . 29—36

I. Die Botenqualität wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem Erklärungsmedium eine Willenswahl eingeräumt ist . . . . . 29—32

II. Insbesondere Unterschied des speziell bevollmächtigten Stellvertreters vom Boten . . . . . 32—36

D. Die mündliche Übermittlung durch Boten ist im Sinne des B.GB. § 130 als Erklärung unter Anwesenden, im Sinne des B.GB. § 147 als Erklärung unter Abwesenden anzusehen. Es gibt nur Boten zur Abgabe, nicht zum Empfang von Willenserklärungen . . . . . 36—40

II. Abschnitt:

Die unrichtige Übermittlung (nach B.GB. § 120).

A. Einleitendes. Interpretationsmethodologisches . . . . . 41—45

B. I. Ist der Mandant für eine dolose Entstellung der Botschaft haftbar zu machen nach B.GB. § 120 im Rahmen des B.GB. § 122? . . . . . 45—47

II. Kommt für die Anwendung des B.GB. § 120 das Maß und die Größe der Abweichung des tatsächlich Übermittelten von dem, was übermittelt werden sollte, in Betracht; ist insbesondere die Unterscheidung einer „bloß verderbten" und einer „ganz anderen" Erklärung des Boten gerechtfertigt? . . . . . 47—50

III. Ist auch der Fall der unrichtigen Übermittlung im Sinne des B.GB. § 120 zu subsummieren, daß der Bote die Erklärung — irrtümlich — an einem falschen Adressaten ausrichtet? 50

C. Formulierung eines Kriteriums für die Anwendung des B.GB. § 120 auf Grund der gewonnenen Ergebnisse . . 50